بيع الفضولي
دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني

زينب محمود محمد حسين البعاج
طالبة دراسات عليا- الماجستير
قسم القانون – كلية القانون والعلوم السياسية – جامعة الكوفة

تمهيد

اولا :اهمية الموضوع:

من المسائل التي يواجه الدارس فيها – سواء كان دارسا للقانون او الفقه- صعوبة ومشقة في دراستها (عقد الفضولي) نظرا لاختلاف الفقهاء فيها سواء كانوا فقهاء اسلاميين ام قانونين، ونظرا لاختلاف القوانين فيما بينها في بحثها ومعالجتها او تكييفها. ولذلك واجهت بعض المشقة في بحثها وبخاصة بعد ان اخترت ان ابحثها بحثا علميا يعتمد المقارنة بين الفقهين الامامي والحنفي والقانونين المدنيين العراقي والفرنسي. فبذلت جهدي وجل طاقتي للتغلب على تلك المصاعب والمشاكل الفقهيه ومن الله العون والتوفيق.

ثانيا : ماهو موضوع البحث:

البحث هنا تكفل دراسة مشكلة بيع الفضولي فما هو الفضولي ؟ وللاجابة على هذا السؤال علينا ان نبحث في معنى الفضولي، فماهوالفضولي ؟

حتى نحيط علما بمعنى الفضولي سنبحثه في اللغة والقران والسنة والفقه، ولذا سنتكلم عنكل معنى بصورة مستقلة :

أ- **الفضولي في اللغة** : وهو ماخوذ من (الفضول) جمع(فضل) وقد اطلق على معنيين :

احدهما : المشتغل بما لا يعنيه.

ثانيهما : الخياط على القول ابن الاعرابي(١)

والذي يناسب بحثنا هو المعنى الاول قال الزبيدي: في تاج العروس(٢) في مادة فضل: (الفضولي- بالضم – المشتغل بما لايعنيه. فقال الراهب : الفضول جمع

الفضل، وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا خير فيه، ولهذا نسب اليه على لفظه فقيل : فضولي بمن يشتغل بما لايعنيه، لانه جعله علما على نوع من الكلام فنزل منزلة المفرد)

ب- **الفضولي في القران** : وردة مادة فضل في مواضع عديدة من القران الكريم الا ان لفظ (الفضولي) لم يرد في احدهما.

ت- الفضولي في السنة : وكما لم ترد لفظة الفضولي في القران الكريم لم ترد في حدود تتبعي في السنة النبوية.

ث- **الفضولي في الفقه** : وردت على السنة الفقهاء تحديدات عديدة للفضولي نعرض اهمها :

١. ماعرفه بعض الحنابلة في البيع بـ (من يشتري او يبيع بدلا عن شخص معين لم يأذن له)[٣] وهذا التعريف قصوره ظاهر، لعدم شموله لعقد المالك الممنوع من اجراء التصرف في ماله لسبب من اسباب الحجر، او تعلق حقل الغير في ماله لرهن او اجازة او نحوهما.
٢. **وعرفه بعض الامامية** بـ (من يتولى العقد بدون اذن، لامن المالك كالوكيل ولا من الشارع كالولي)[٤]. وهذا التعريف ينطبق عليه نفس الكلام
٣. **وعرفه اخر من الامامية** بـ (الكامل الغير المالك للتصرف ولو كان غاصبا)[٥] وهو وان كان ينطبق على القول المشهور للامامية بعدم اعتبار عقد الصبي المجنون لقيده بـ (الكامل) الا انه لايزال غير تام، لعدم مايشير فيه الى مباشرته للعقد.
٤. **وعرفه بعض احناف** بـ (من يتصرف في حق غيره بغير اذن شرعي)[٦]
٥. **وعرفه ابن امين الدين**[٧]- من الاحناف - بـ(العاقد بلا اذن من يحتاج الى اذنه). وهذا التعريف جامع مانع بناء على دخول عقدي الصبي المحجوز والمعتوه في ضمن عقد الفضولي .

التعريف المختار :

وقد فضلنا هذا التعريف الاخير - بحكم كوننا مقارنين- لامرين :

اولاهما: اتساعه لجميع مصاديق الفضولي على اختلاف الاراء في سعتها وضيقها، وذلك لان بحثنا لايخص مذهباً دون اخر وانما يعنى بالناحية الموضوعية لاغير .

ثانيهما : ان الاستثناءات الواردة على السنة بعض الفقهاء انما هي استثناءات من عنوانه بلحاظ حكمه، فلا تشمل مدلول العنوان نفسه، وان شئت ان تقول : انها من قبيل التخصيص لا التخصص.

فمن حقه – اذن – ان يعرف بتعريف عام وليس هناك اشمل من هذا التعريف

ثالثا: خطة البحث :

لقدبحثت هذا الموضوع -كما تقدم- على اساس المقارنة بين فقهاء المذهب الامامي المتقدمين والمتاخرين ومتاخري المتاخري. وفقهاء الاحناف، وبين القانونين العراقي والفرنسي وحاولت ان ارجع الى المصدر الذي يمثل راي الفقيه مباشرة فان لم اعثر على ذلك المصدر رجعت الى المصدر الذي ينقل عنه. ومن هنا فالمصادر الرئيسية لهذا البحث على قسمين :

١. اساسية : سواء كانت في الفقه او القوانين المدنية.
٢. غير اساسية وهي التي نقلت من المصادر الاساسية وخصوصا ما يخص (بيع الفضولي في القانون الفرنسي) لان المصادر التي تمثل القانون الفرنسي شحيحة جدا ولذا لجئت الى المصادر الغير اساسية واضفت الى ذلك مصادر عامة ككتب اللغة والتفسير والحديث والاصول وغيرها .

وقد رايت ان المواضيع الرئيسة في مبحث الفضولي ثلاثة :

١. حكم عقد الفضولي.
٢. الاجازة لعقد الفضولي.
٣. الرد لعقد الفضولي .

فاعتبرتها مباحث له ومهدت له بتحديد عنوان البحث وما يلقي بعض الاضواء عليه.

المبحث الاول
احكام بيع الفضولي

ينقسم البيع الذي يوقعه الفضولي بالنسبة للمعقود عليه الى قسمين، لكل منهما حكمه الخاص:

١. ان يبيع ملك غيره خاصة من دون ضميمة شئ اليه.
٢. ان يبيع ملكه منضما الى ملك الغير صفقة واحدة.

وعليه فسنبحث المسالة في مطلبين:

المطلب الاول : ان يبيع ملك الغير خاصة .

وهذا القسم يختلف الحال فيه، فتارة: ينشئ الفضولي لعقد المالك وهذا من اظهر مصاديق الفضولية. واخرى ينشؤه لنفسه، لا للمالك. وهذا غالبا سيكون من الغاصب المتتملك للمغصوب عدواناً.

ولاجل ذلك فان البحث في هذا القسم سيكون في فرعين، نخصص الفرع الاول في التحدث عن الحالة الاولى ونخصص الفرع الثاني للتحدث عن الحالة الثانية.

الفرع الاول : حكم العقد الذي يوقعه الفضولي للمالك.

اقوال الفقهاء في المسالة:

اختلف الفقهاء في حكم هذا النوع من العقد واقوالهم ثلاثة :

١. القول بالصحة مطلقا، وتوقف النفوذ على الاجازة.
٢. القول بالبطلان مطلقا.
٣. قول بالتفصيل بين ما يكون مسبوقا بنهي من المالك عن ايقاعه فالبطلان، وبين عدم سبقه بذلك فالصحة مطلقا.

١. القول بالصحة مطلقا:

أ- اكثر الامامية
ب- الاحناف
ج -القانون المدني العراقي.
ء - القانون المدني الفرنسي

أ- **اكثر الامامية** : والقول بالصحة مذهب اكثر الامامية، قدماء ومتاخرين، فمن ذهب اليه من القدماء الشيخ المفيد والشيخ الطوسي في النهايه، يقول الشيخ الطوسي: ((فان باع ما لايملكه كان البيع موقوفا على صاحبه فان امضاه مضى وان لم يمضه كان باطلا)) وقال المحقق الحلي: ((فلو باع ملك غيره وقف على اجازة المالك او وليه، على الاظهر)) كما اختاره ابن سعيد والعلامة الحلي، وحكاه العلامة الحلي عن ابن الجنيد والمرتضى وسلاّر، وابن البراج القاضي، واليه ذهب ابن حمزة في الوسيلة. ومن المتاخرين الشهيدان الاول والثاني والنجفي والشيخ الانصاري والسيد علي الطباطبائي، وملا محسن الفيض، والسيد الحكيم، ومن المعاصرين السيد الشهيد محمد محمد صادق الصدر في (منهج الصالحين) حيث يقول: ((ومن شرائط المتعاقدين، القدرة على التصرف شرعا لكونه مالكا او وكيلا عنه او ماذوناً عنه او ولياً عنه، فلو لم يكن البيع منتسبا الى المالك شرعا باحد هذه الانحاء لم يصح وتوقف صحته على اجازة من له الاجازة))

ب- **الاحناف**: وممن اختار القول بالصحة موقوفا على اجازة المالك الاحناف، فقد نص اكثر من واحد منهم على ذلك، كالحصكفي[٨] حيث قال: {كل تصرف صدر منه {الفضولي} تمليكا كان كبيع وتزويج او اسقاط كطلاق واعتاق {وله مجيز} أي لهذا التصرف من يقدر على اجازته ((حال وقوعه انعقد موقوفا))} وقال السمر قندي:[٩] ((ان الفضولي اذا باع مال غيره من انسان .... يتوقف على اجازته عندنا)) وجاء في الفتاوى الخانية: ((اذا باع الرجل مال الغير عندنا يتوقف البيع على اجازة المالك)) ولم اعثر على مخالف منهم .

ج - **القانون المدني العراقي** : وقد جاء القانون المدني العراقي موافقا لراي اغلبية الفقهاء الامامية فقد جاء في المادة ١٣٥ / ف١ /:من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفا على اجازة المالك .

وعلى ذلك: يتضح من نصوص القانون المدني العراقي انه جرى في هذه المسالة على احكام القواعد المقررة بصدد بيع الفضولي لدى بعض الفقهاء الشريعة الاسلامية فجعل بيع ملك الغير عقدا صحيحا ولكنه موقوف على اجازة المالك

الاصلي من هنا انه عقد صحيح غير نافذ[١٠] ونلاحظ هنا ان القانون المدني العراقي لم يفرق بين ان يبيع الفضولي ملك الغير للغير او لنفسه واشار الى لهذه المسالة غني حسون طه في مقارنته قانون العراقي بالمصري[١١] وحول نقاط التقاء القانون المدني العراقي مع التشريع الاسلامي ،يذكر هاشم معروف الحسني: ((ومن ذلك تبين ان الفضولي المبحوث عنه في الفقه الاسلامي بالرغم من المشرعين المدنيين قد اهملوا الناحية التي اهتم بها الشرعيون في ابحاثهم عنهم ومع ذلك فهو لايعد من العقود الفاسدة عندهم، بل هو عقد صحيح يتم ويتكامل باجازة من له التصرف في اصداره))[١٢] ويذكر في موضع اخر ((قد فرق السنهوري بين ان يتصرف الفضولي بنفسه بمال الغير وبين ان يتصرف به لصاحب المال، ففيما اذا تصرف به لصاحب المال او اجر له فلايشترط ان يكون كامل الاهلية، ويكفي فيه ان يكون مميزا ولو ان يبلغ سن الرشد، اما اذا تصرف من نفسه بالبيع او الشراء، او باشر عملا بمال الغير باسمه الشخصي فلا بد وان يكون كامل الاهلية لان قد التزم البيع والعمل لنفسه.

ولم يفرق الجعفريون بين الفضولي والاصيل من حيث اعتبار الاهلية الكاملة فيهما كالبلوغ والرشد والاختيار وغير ذلك من الشروط التي لابد منها في المتعاقدين. وليس الفضولي كالوكيل في اجراء العقد))

ء- **القانون المدني الفرنسي** : يذكر الدكتور غني حسون طه حول حكم بيع الفضولي في التشريعات قائلا: ((لقد تفرق الراي واختلفت التشريعات في حكم بيع ملك الغير. فالقانون الروماني والقانون الفرنسي القديم لم يكن عقد البيع ينقل ملكية المبيع الى المشتري، بل كان مجرد عقد منشئ لالتزامات شخصية هي تمكين المشتري من حيازة المبيع والانتفاع به انتفاعا هادئا. لذلك كان ملك بيع الغير في هذين القانونين صحيحا))[١٣] وعليه فان القانون الفرنسي القديم كان موافقا لراي اغلبية فقهاء الامامية والقانون المدني العراقي في حكمه لصحة العقد، وسنلاحظ ان القانون الفرنسي الحديث جاء موافقا لراي بعض فقهاء الامامية في بطلان العقد كما سيمر علينا البحث.

حيث يذكر الدكتور عني حسون طه : ((اما القانون الفرنسي الحديث فقد سار على مبدئ اخر مقتضاه ان الملكية تنتقل بمجرد التعاقد فترتب على ذلك بطلان بيع

ملك الغير في هذا القانون. فقد نصت المادة (٩٩٥١) من القانون المدني الفرنسي على ان بيع ملك الغير باطل وان للمشتري الحق في التعويض اذا كان يجهل ان المبيع كان مملوكا للغير.

وكما هو واضح من هذا النص فانه قد اقتصر على تقرير البطلان وحق المشتري في التعويض دون ان يبين ماهية البطلان او مايمكن ان يترتب على العقد من اثار ولهذا فقد اثار هذا النص خلافا كبيرا في النص في الراي بين الفقهاء الفرنسيين)) ويستمر الدكتور غني حسون في معرض حديثه عن بيع ملك الغير في التشريعات ((اما القضاء الفرنسي فيذهب الى بطلان بيع ملك الغير بطلانا نسبيا تصححه ادارة المشتري او التقادم العشري، وان هذا البطلان مقرر لمصلحة المشتري الذي يجوز له وحده التمسك بهذا البطلان دون البائع او المالك الحقيقي، وان حق المشتري في ذلك ينقضي اذا اقر المالك العقد او صار البائع مالكا للمبيع))

وتحت عنوان العقد الموقوف يقابل العقد القابل للابطال، يعقد الاستاذ السنهوري مقارنة بين العقد الموقوف والعقد القابل للابطال حيث يرجح كفة العقد الموقوف فيذكر: ((والعقد الموقوف هو صورة عكسية من العقد القابل للابطال : فالعقد الموقوف باطل حتى ينفذ بالاجازة. اما العقد القابل للابطال فهو نافذ حتى يبطل بعدم الاجازة. والواقع من الامر ان العقد الذي يتردد بين مرتبتي البطلان والصحة ويتصور فيه احد امرين : اما ان يجعل باطلٌ حتى يصح وهذا مااختاره الفقه الاسلامي واما ان يجعل صحيحا حتى يبطل وهذا مااختاره الفقه الغربي. وللمفاضلة بين هذين النظامين ينبغي ان ننظر الى الحالات التي يكون فيها العقد موقوفا في الفقه الاسلامي وقابلا للابطال في الفقه الغربي.

واول هذه الحالات هي عقد ناقص الاهلية.)) الى ان يذكر في موضع اخر ((وثانية هذه الحلات هي تصرف الشخص في ملك غيره فهل الاصل ابطال التصرف حتى يجاز كما يفعل الفقه الاسلامي او نفاذه حتى يبطل كما يفعل الفقه الغربي ؟ واضح هنا ايضا – والفضولي يتصرف في مال لا ولاية له عليه- ان الاولى وقف التصرف حتى يجاز. فالفقه الاسلامي هنا ايضا ارقى في صناعته من الفقه الغربي .)) ثم يستمر الاستاذ السنهوري في كلامه ((وهناك سبب اخر

لرجحان العقد الموقوف على العقد القابل للابطال. ففي بيع مل الغير او تصرف الفضولي رائينا الفقه الغربي يجعل العقد نافذا حتى يبطل. ولما كان جعل العقد نافذا في حق المالك الذي لم يشترك فيه غير معقول لذلك اضطر الفقه الغربي ان يستعين بفكرة اخرى ضمها الى فكرة العقد القابل للابطال، فجعل العقد الى جانب كونه قابل للابطال غير نافذ بحق المالك الحقيقي فلجا الى فكرة الفقه بحق المالك. اما الفقه الاسلامي فعنده العقد موقوف، فهو موقوف بحق البائع وفي حق المشتري وفي حق المالك جميعا. فلم يكن في حاجة الى فكرة عدم السريان التي احتاج اليها الفقه الغربي لما جعل العقد نافذا. وبذلك يرجع العقد الموقوف على العقد القابل للابطال لشموله واستغنائه بذاته عن أي شي اخر. فاذا قلنا عقد الفضولي في الفقه الاسلامي موقوف، فقد قلنا كل شئ))[١٤].

٢. القول بالبطلان مطلقا : ذهب اليه بعض الامامية .

واختار القول ببطلان بيع الفضولي من الامامية الشيخ الطوسي في المبسوط والخلاف فقد جاء في الخلاف : ((واذا باع انسان ملك غيره بغير اذنه كان البيع باطلا، وكذا السيد ابن زهره في الغنية وابن ادريس وفخر المحققين والمحقق الاردبيلي والشيخ البحراني والسيد الداماد في رسالته الرضاعية))

٣. القول بالتفصيل :

اعتبر فريق من الامامية في صحة عقد الفضولي الايكون مسبوقا بنهي عن المالك عن ايقاعه، فلو كان كذلك بطل العقد، وان اجازه المالك. ومن هؤلاء المحقق الكركي، حيث قال : ((بان الغصب قرينة على عدم الرضا، ومقتضاه البطلان مع النهي بطريق اولى)). كما ان فخر المحققين ذكر ان بعض المجوزين لعقد الفضولي اعتبر في صيغة العقد عدم سبق نهي من المالك عن انشائها.

الفرع الثاني: حكم العقد الذي ينشؤه الفضولي لنفسه.

والخلاف في هذا الفرع كالخلاف في سابقه فانقسموا الى اقوال :

أ- القول بالصحة مطلقا، وتوقف النفوذ على الاجازة .

ب- القول بالبطلان مطلقا.

ت- قول بالتفصيل بين جهل المشتري بالفضولية فالصحة، وعدمه فالبطلان .

أ- **القول بالصحة مطلقا**

١. اكثر الامامية
٢. اكثر الاحناف

١. اكثر الامامية : والقول بالصحة مذهب معظم الامامية كشيخ الطوسي في النهاية حيق قال: ((من غصب غيره متاعً وباعه من غيره ثم وجدة صاحب المتاع عنده كان له انتزاعه من يده ... ومتى امضى المغصوب منه البيع لم يكن بعد ذلك درك على المبتاع)) .واختاره ابن البراج القاضي والصيمري والشهيد الاول والمحقق الكركي والميرزا الرشتي والشيخ الانصاري ونسبه القمي الى الاكثر فقال : ((والاكثر على انه يصح بالاجازة)) كما نسبه الانصاري الى المشهور. وذكر السيد الشهيد الصدر الثاني في (منهج الصالحين) كتاب التجارة : ((اذا باع الفضولي مال غيره عن نفسه، لاعتقاد انه مالك، او لابتناءه على ذلك كما في الغاصب، فاجازه المالك صح البيع ويرجع الثمن الى المالك)) .

٢. اكثر الاحناف : واليه ذهب اكثر الاحناف، فقد نص غير واحد منهم على صحة بيع الغاصب ونفوذه بالاجازة، وقال الغزي في فتاويه(١٥) ((واذا باع الغاصب المغصوب توقف على اجازة المالك، فان اجازه جاز بيعه ونفذ بشرط الاجازة وان رد ارتد وبطل))، كما ذكر ذلك المرغياني(١٦)والسرخسي(١٧) والنسفي(١٨).

١. وجاء في فتاوي الانقروي(١٩)((والمشتري من الغاصب لو حرر فاجاز المالك بيعه لاينفذ عتقه قياسا وهو قول محمد، وينفذ عند هماستحساناً ولو باعه المشتري من الغاصب فاجاز المالك البيع الاول لم ينفذ بيع المشتري وفاقاً)) نعم نقل ابن نجم عن البدائع ان الفضولي اذا باع لنفسه يبطل عقده ولا يتوقف، حيث قال في الاشباه والنظائر(٢٠) ((بيع الفضولي موقوف الا في ثلاث فباطل : ....وفي ما اذا باع لنفسه وهي البدائع)) واشكل على هذا القول بان ((المبيع اذا استحق لاينفسخ العقد- في ظاهر الرواية- بقضاء القاضي بالاستحقاق، وللمستحق اجازته ووجه الاشكال ان البائع باع لنفسه لاللمالك الذي هو المستحق، مع انه توقف على الاجازة))(٢١) يضاف الى ذلك ان صاحب البدائع نفسه ذهب الى صحة بيع الغاصب ووقوفه على الاجازة. ومن

المعلوم ان بيع الغاصب من اوضح افراد البيع لنفسه ولذلك فقد حال بعض الاحاف توجيه هذا القول بان مؤداه هو : مالو باع الفضولي ملك غيره من نفسه، (فاللام) هنا بمعنى (من) وبيع الفضولي في هذه الحالة يقع باطلا[٢٢]

ب – القول بالبطلان مطلقا:

١. بعض الامامية:

والقول ببطلان بيع الفضولي مذهب جماعة من الامامية على ما ذكره ابن الشيخ محمد باقر حيث قال: ((الصورة الثالثة : ان يبيع الفضولي لنفسه، وهذا غالبا مايكون في بيع الغاصب ... وفيه قولان : صرح جماعة من الاصحاب بالبطلان))

٢. بعض الاحناف :

سبق ان ذكرنا ان صاحب البدائع نقل عنه القول ببطلان بيع الفضولي إذا أنشاه لنفسه كما ابن نجيم اختار هذا الراي في البحر الرائق[٢٣] تبعا له، حيث قال: ((ولو قال المصنف (رح) :باع ملك غيره لمالكه لكان اولى، لانه لو لنفسه لم ينعقد اصلا كما في البدائع)) ونحوه ذكر الحصكفي في شرح الدر المختار[٢٤]

ج- القول بالتفصيل.

بعض الامامية :

وذهب الى التفريق بين علم المشتري بالفضولية وجهله بها، فالتزم بالبطلان في الصورة الاولى والصحة في الثانية، من الامامية السيد العاملي في مفتاح الكرامة.

كما ان العلامة الحي اشكل به في محله في جملة من كتبه، جاء في القواعد: ((ومع علم المشتري اشكال)) وشرح السيد العميدي هذه العبارة بقوله : ((يريد لو باع الغاصب للعين المغصوبة، والمشتري يعلم بالغصبية احتمل ههنا الفساد))

ولم اجد للاحناف رأياً او قولا فيه.

المطلب الثاني : بيع الفضولي ملكه وملك غيره.

اذا ضم الفضولي ملكه الى ملك الغير وباعهما صفقة واحدة فما حكم هذا البيع؟

وعليه فسيكون كلامنا في مطلبين نخصص المطلب الاول للبحث في بيع الفضولي لملك غيره ونخصص المطلب الثاني لبيع الفضولي ملكه.

المطلب الاول:بيع الفضولي لملك الغير.

اما مايخص ملك الغير في انه يجري فيه الخلاف المتقدم الذي ذكرناه في المطلب الاول.

المطلب الثاني :بيع الفضولي لملكه.

واما ما يخص ملكه فقد اختلفت فيه كلمة الفقهاء. وموضع اختلافهم -على ما يبدو- في ما اذا بطل البيع في ملك الغير اما لعدم اجازة المالك له، او لبطلان عقد الفضولي راسا .

فاختلفوا على اقوال ثلاثة:

١. قول بصحة البيع ونفوذه مطلقا، وللمشتري الجاهل الخيار بين الفسخ والامضاء .
٢. قول بالبطلان مطلقا، تبعا لبطلانه في ملك الغير .
٣. قول بالتفصيل بين ان يكون ملك الغير وجه الصفقة او اكثرها فيبطل او لايكون كذلك فيصح.

١.القول بالصحة مطلقا

أ- مشهور راي الامامية

ب- اكثر الاحناف

أ – مشهور أي الامامية

والقول بنفوذ البيع في مايملكه الفضولي المذهب المشهور عند الامامية بل ادعي الاجماع عليه. قال النراقي : ((واما صحته في المملوك وهو الحق المشهور بين اصحابنا بل عن الغنية والتذكرة الاجماع عليه، وصرح بعضهم بعدم الخلاف فيه)) وجاء في الجواهر: ((وعلى كل حال فلاخلاف في صحة بيعه ونفوذه في ما يملك ....بل ظاهره الاجماع عليه)) ويذكر السيد الشهيد محمد الصدر في منهج الصالحين باب التجارة:((لو باع انسان ملكه وملك غيره صفقة واحدة صح البيع في ما يملك، وتوقفة صحة بيع غيره على اجازة المالك. سواء كان معزول كعينين مستقلتين او غي معزول في المال المشترك فان اجاز المالك صح والا فلا. فان بطل كان للمشتري خيار تبعيض الصفقة فله الفسخ بالاضافة الا ما يملكه البائع، فان لم يفشخ اخذه بنسبته من الثمن كله))

ب- اكثر الاحناف

والى القول بنفوذه في ملكه ذهب اكثر الاحناف، فقد صرح غير واحد منهم بذلك جاء في البدائع:[٢٥] (لو جمع بين قن ومدبر .....او بين عبده وبين غيره وباعهما صفقة واحدة، جاز البيع في عبده بلاخلاف) وقال القدوري في الكتاب:[٢٦] ((وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره، صح العقد بحصته من الثمن)). ونحوه ما في الهداية[٢٧]، والفتاوي الهندية[٢٨] وجامع الرموز[٢٩] وشرح العتبي على الكنز [٣٠] والسعيديات [٣١] وغيرها.

٢. القول بالبطلان مطلقا

بعض الاحناف

والى القول بالبطلان مطلقا ذهب زفر بن هذيل - صاحب ابي حنيفة- فقد ورد في الهداية: ((وان جمع بين عبد ومدبر، او بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد .....وقال زفر رحمه الله : فسد فيهما)) ونحوهما في شرح العتبي على الكنز[٣٢]

٣. ولم نجد لهم فيه قول.

المبحث الثاني
الاجازة لعقد الفضولي

المطلب الاول : محققات الاجازة

الذي يبدو من كلمات الفقهاء الباحثين او القائلين بصحة عقد الفضولي اتفاقهم على وقوع الاجازة باللفظ، وان اختلفوا بعد ذلك في الاقتصار عليه خاصة او امكان تحققها به بالفعل او بالرضا الباطني. وعلى هذا فالاقوال ثلاثة :

١. القول الاول: بالاكتفاء باللفظ خاصة .
٢. القول الثاني : باللفظ والفعل.
٣. القول الثالث : الاكتفاء بالرضا الباطني.

عليه فسيكون بحثنا في ثلاثة فروع:

الفرع الاول :الاجازة باللفظ خاصة

الفرع الثاني :الاجازة باللفظ والفعل

الفرع الثالث:الاجازة بالرضا الباطني

الفرع الاول:الاجازة باللفظ خاصة

أ – بعض الامامية

ذهب بعض الامامية الى ان الاجازة انما تكون باللفظ خاصة (كاجزت، وامضيت، وانفذت، ورضيت) وشبه ذلك، ولا تقع بالفعل ولابغيره، فلو طلب المالك الثمن او طلبت المراة المهر، او سكت من له الاجازة بعد علمه بصدور العقد من الفضولي، لايكون اجازة. ومن هؤلاء المقداد السيوري حيث يقول : ((ولايكفي فيها السكوت ولو كان حاضرا بل لابد من لفظ يدل عليها)). كما ذكر ذلك الشهيدان الاول والثاني والسيد العاملي والمحقق القمي.

ب – بعض الاحناف:

وذهب الى هذا القول السمرقندي[٣٣]:((على مايبدو من عبارته، حيث يقول وفي تزويج الاجنبي اذا بلغها الخبر فسكتت لايكون اجازة الا بالقول صريحا او دلالة))

الفرع الثاني :الاجازة باللفظ وبالفعل:

أ – جماعة من الامامية: ومن هؤلاء الامامية الشيخ محمد تقي الشيخ محمد باقر حيث قال : ((يكفي في الاجازة كل ما دل عليها من لفظ صريح، او ظاهر، من كناية او استعارة او مبالغة او فعل من كتابة، او اشارة او تصرف في الثمن، او اجازة بالبيع الواقع عليه او غير ذلك مم يدل على انشاء

الاجازة منه ورضائه بمضمون العقد الواقع فضولا على ملكه)) ثم قال بعد ذلك : ((ولايكفي سكوته فيها مع العلم فضلا عن الجهل بل ولا مع حضور العقد عند علمائنا واكثر اهل العلم)) كما ذكر ذلك الميرزا الرشتي والسيد بحر العلوم والسيد اليزدي والميرزا النائيني والسيد الحكيم، والى

ذلك ذهب السيد الشهيد الصدر الثاني في منهج الصالحين حيث قال : ((لايكفي في تحقق الاجازة الرضا الباطني، بل لا بد من الدلالة عليه بالقول مثل : رضيت او اجزت او انفذت او انا ارضا بذلك. او يقول مخاطباً البائع الفضولي : احسنت او جزاك الله خيرا او نعمَ ما فعلت، او لابئس بما فعلت ونحو ذلك. او الدلالة عليه بالفعل مثل : اخذ الثمن او بيعه او اجازة العقد الواقع عليه وكذلك دفع المثمن لو كان تحت يده او التاغضي عن بيع المشتري اياه او استهلاكه له وهكذا)).

ب – اكثر الاحناف

كما ذهب اليه اكثر الاحناف فقد صرح غير واحد منهم بوقوع الاجازة قولا وفعلا جاء في رد المختار(٣٤): ((لو اخذ المالك ثمنه خطأً من المشتري، فهو اجازة، لا لو سكت عن بيع الفضولي بحضرته)) وقال النمر تاشي(٣٥): ((واخذ الثمن او طلبه، وقوله نعم ما صنعت احسنت، واصبت، وهبة الثمن من المشتري، والتصدق به عليه، اجازة)) وعلق الحصكفي(٣٦):((وافاد كلامه جواز الاجازة بالفعل وبالقول)). وجاء في الاشباه والنظائر(٣٧):((ولو راى المالك رجلاً يبيع متاعه وهو حاضر ساكت لايكون رضاً عندنا)) ونحوه ما في الفتاوى المهديه الا انه اختلفوا في تحقق الاجازة ببعض الالفاظ والافعال، فمن الالفاظ قول المالك للفضولي(٣٨):((احسنت او اصبت او وفقت او كفيتني مؤنة البيع، او نعم ماصنعت)) فاعتبرها فريق مهم الفاظاً لاتدل على الاجازة، لانها تذكر (على وجه الاستهزاء)(٣٩) واجابوا عن حجة المانعين بان (هذا يستعمل غالبا للاجازة، وان

كان قد يراد به الاستهزاء). والذي يبدو ان الاقرب ما ذكره بعضهم من التفصيل بين ما اذى كانت صادرة من المجيز بنحو الجد فتكون اجازة، وبين اذا كانت صادرة منه على نحو الاستهزاء والسخرية، فلا تعتبر اجازة، ويفهم ذلك من القرائن المحيطة بشخص، اما حالية او مقاليه، اما اذا لم يكن هناك قرائن تعين احد الامرين، تعين كونها اجازة لان الاصل حمل الانسان في كلامه على الجد. جاء في جامع الفصولين[٤٠]: ((اقول ينبغي ان يفصل فان قاله جدا فهو اجازة، لالو قاله استهزاء ويفرق بالقرائن، ولو لم توجد ينبغي ان يكون اجازة اذا الاصل هو الجد)) كم ان بعضهم يرى ان اخذ المالك للثمن، او طلبه، او قبول التهنئة في الزواج، كلها امور لايستكشف منها اجازته للعقد[٤١] بينما يراها اخرون امورا تتحقق الاجازة بها لانها تدل على الرضا[٤٢]

الفرع الثالث :الاجازة بالرضا الباطني

أ- بعض الامامية

ذهب فريق من فقهاء الامامية الى انه لو رضي من له الاجازة، وحصل العلم به من أي طريق كان كفى في نفوذه العقد، وترتيب الاثار عليه من دون حاجة الى قول او فعل يكشف عنه. وهو ما استفرد به الشيخ الانصاري حيث يقول : ((بل لو لا شبه الاجماع الحاصلة من عبارة جماعة من المعاصرين بغير القول كفاية الرضا اذا علم حصولة من أي طريق كما سيظهر من كثير من الفتاوي والنصوص)) ونحوه ما ذكره الشيخ النجفي والاردبيلي والفقيه التبريزي.

ب - بعض الاحناف

وحكي هذا الراي عن صاحب المحيط – من الاحناف- غيما اذا كان حاضرا لمجلس العقد فقد جاء في اللألئ الدرية[٤٣] ان((في فتاوي امين نقلا عن المحيط. اذا اشترى سلعة من فضوله وقبض المشتري المبيع بحضرة صاحب السلعة فسكت يكون رضاً. ومثله في البزازية عن المحيط

ت – قانون المدني العراقي

ان القانون المدني العراقي ينهج نهج المذاهب الاسلامية في محققات الاجازة حيث لايشترط لفظا خاصا او قولا معينا ولم يشترط ان تكون الاجازة باطنية محظة ويفهم ذلك من واقع المادة (١٣٦) على ان : ((١. اجازة العقد الموقوف

تكون صراحة او دلالة وتستند الى الوقت الذي تم فيه العقد) ويذكر الدكتور غني حسون في كتابه البيع : ((والمتحصل من هذه المادة ان الاجازة كما تكون بالالفاظ الصريحة تكون بالفعل الدال عليهما))(٤٤)

ث – القانون الفرنسي

اذا بحثنا عن الاجازة في القضاء الفرنسي وانه عقد قابل للابطال نجد ان من حق المشتري ان يجيزه وان : ((البطلان مقرر لمصلحة المشتري يجوز له وحده التمسك بهذا البطلان دون البائع او المالك الحقيقي وان حق المشتري في ذلك ينقضي اذا اقر المالك العقد او صار البائع مالكا للمبيع))(٤٥) اما اقرار العقد فيكون من حق المالك الحقيقي و((ان هناك فرقا بين لاجازة والاقرار فالاجازة تصدرفي العقد القابل للابطال من العاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته فينقلب العقد صحيحا اما الاقرار فيصدر في العقد الغير ساري في حق الغير من هذا الغير نفسه فيصبح العقد ساريا في حقه))وعليه فان ((هذا البيع لايكون نافذا في مواجهة المالك ولو اجاز المشتري العقد الا اذا اقره المالك الحقيقي، فاذا اقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحا في حق المشتري))(٤٦)

((وقد يقر المالك الحقيقي البيع بالرغم انه اجنبي عنه وهذه خصوصية في بيع ملك الغير كما قدمنا وهذه الاقرا رمن شانه ان ينقل الملكية من المالك الحقيقي الى المشتري اذا زال العائق الذي يحول دون نقل الملكية برضاء المالك الحقيقي بالبيع ولذلك يجب تسجيل هذا الاقرار في بيع عقار الغير. ومتى انتقلت الملكية الى المشتري فقد زال السبب الذي من اجله جعل المشرع المبيع قابلا للابطال، فينقلب صحيحا باقرار المالك الحقيقي كما رأيناه ينقلب صحيحا باجازة المشتري بل ان الاقرار ابعد اثرا من الاجازة، اذ هو لايقتصر على تصحيح العقد فيما بين المتعاقدين، بل يجعل العقد فوق بالك ساريا في حق المالك الحقيقي وينقل الملكية الى المشتري))(٤٧)

المطلب الثاني : شروط الاجازة

وليتم للاجازة الاثر المطلوب منها فيصبح العقد تاما كما لو صدر عن الاصيل، اشترط الفقهاء شروطا اختلفوا في عددها لاختلافهم في اعتبار بعضها.

وجملة الشروط على اختلافها سنبحثها في فرعين نخصص الفرع الاول للشروط المتعلقة بالاجازة ونخصص الفرع الثاني لباقي الشروط.

الفرع الاول: الشروط المتعلقة بالاجازة.

الشرط الاول : عدم تقدم الرد على الاجازة.

القول بالاشتراط

١- اكثر الامامية .

٢- الاحناف .

٢. اكثر الامامية

يرى اكثرية فقهاء الامامية انه يلزم لتاثير الاجازة في عقد الفضولي الا تكون مسبوقة برد من المالك للعقد ،فان كانت كذلك بطل تاثيرها. وقد ذهب الى ذلك منهم الشهيد الاول، والمحقق القمي حيث يقول:((اذا ابى المعقود له فضولا واظهر الكراهة يبطل العقد، ولاينفع اجازته بعد ذلك، والظاهر انه لاخلاف فيه)) كما ذكر ذلك الشيخ الانصاري والشيخ محمد تقي الشيخ محمد باقر والسيد المجاهد والسيد بحر العلوم وميرزا الطباطبائي والفقيه التبريزي والشيخ الاخوند الخراساني والسيد اليزدي في العروة الوثقى والسيد الاصفهاني والميرزا النائيني والسيد الحكيم والسيد محمد الصدر في منهج الصالحين.

٣. وذهب الاحناف الى القول بالاشتراط، فقد جاء في حاشية الرملي على جامع الفصولين(٤٨): ((ولو بدء بالرد ثم اجاز فالمعتبر ما بدأ به)) .وجاء في الدر المختار(٤٩):{((وقوله لااجيز رد)) أي للبيع الموقوف، فلو اجازه بعده لم يجزه........بخلاف المستاجر لو قال : لااجيز بيع الاجر، ثم اجاز، جاز} ونحوه مافي البحر الرائق(٥٠). ولم اعثر على مخالف منهم في ذلك.

الشرط الثاني : اعتبار مطابقة الاجازة للعقد

هل يجب مطابقة الاجازة للعقد الواقع فضولا او لايجب فيها ذلك فتصحح العقد ولو لم تكن له مطابقة له من جميع الجهات ؟

يختلف فقهاء الامامية في ذلك اختلافا كبيرا، واختلافهم يعود بالدرجة الاولى الى تباين الصور التي يحدث فيها عدم التطابق بين الاجازة والعقد. فعدم التطابق هذا قد ينشئ من الاختلاف بحسب الجزء والكل كما لو باع الفضولي الدار

والبستان صفقة واحدة فاجاز المالك بيع الدار دون البستان، او باع ارضا مملوكة لشخصين فاجاز احدهما دون الاخر. وقد يكون ناشئ من الاختلاف في الشرط وهو مختلف، اذ الشرط (تارة) يثبت في العقد ويلغى في الاجازة، كان يقع العقد مشروطا بشئ فيجيزه المالك مجردا عنه، واخرى بالعكس فيقع العقد مجرداً عنه. ويثبت في الاجازة. ولهذا الاختلاف فقد يرى بعضهم شرطية المطابقة في صورة منها، بينما يرى البعض الاخر عدم لزوم المطابقة في تلك الصورة في الذات وربما يستمر الحديث حول هذا الشرط

الشرط الثالث : وجود المجيز حين الاجازة

١. بعض الامامية
٢. الاحناف
٣. القانون المدني العراقي

١. بعض الامامية

وقد مر في الشرط الثالث ان الشيخ النجفي يرى بطلان العقد لو مات احد المالكين قبل الاجازة وكذلك السيد اليزدي في حاشيته على المكاسب.

٢. الاحناف

واليه ذهب الاحناف فقد جاء في الأشباه(٥١) والنظائر: ((الموقوف يبطل بموت الموقوف على إجازته، ولايقوم الوارث مقامه))، (لان الاجازة اختيار العقد والاختيار عرضٌ لايقبل النقل)(٥٢) وقال قاضي خان(٥٣):((واذا مات المالك لاينفذ باجازة الوارث)) وهذا بخلاف القسمة عند ابي يوسف، فانه ذهب الى (ان التركه اذا كانت بين كبار يجيزون على قسمتها فاقتسموها بلا امر القاضي، وبعضهم غائب فيتوقف على اجازة الغائب، فان مات قبل الاجازة فاجاز ورثته جازت استحساناً(٥٤).

٣. القانون المدني العراقي

اعتبر القانون المدني العراقي هذا الشرط في الاجازة ولم يعتبر قيام العاقدين، ولا المالك الاصلي ولا المعقود عليه، حيث نصت المادة ١٣٦/ف١على انه: ((يشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد، ولايشترط قيام العاقدين

او المالك الاصلي او المعقود عليه وقت الاجازة والسرخسي(٥٥)، وابن قاضي سماوة(٥٦) وابن عابدين(٥٧) والعتبي(٥٨) وغيرهم.

الشرط الرابع: صدور الاجازة ممن يملك التصرف حين العقد

مما لاشك ولا اختلف فيه انه يشترط لتاثير الاجازة ان يكون المجيز ممن له اهلية للتصرف حين الاجازة والسر في ذلك واضح لان المجيز يستند العقد بالاجازة الى نفسه. فيعتبر فيه مايعتبر في المتعاقدين من البلوغ والعقل والرشد ونحوها من الشروط المعتبرة في صحة التصرف.

ولكن الخلاف وقع في انه هل يجب ان يكون المجيز اهل لابرام العقد حين صدوره من الفضولي كما يجب ان يكون حين الاجازة؟ ام يكفي ان يكون تام الاهلية حين الاجازة فقط وان لم يكن العقد حين اهلا لذلك؟ وقد انصب مجمل خلافهم في نقطتين

الاولى : اذا كان المجيز محجوز عليه :

فاختلفوا هل يشترط ان تصدر الاجازة ممن يملكها او لايشترط في صحة اجازة الصبي والمجنون والسفيه بعد ارتفاع الاسباب الموجبة للحجز اذا عقد الفضولي على اموالهم في حالة الحجز وانقسموا الى قولين:

١. **القول بالاشتراط : ذهب اليه بعض الامامية وهو العلامة الحلي خاصة .**

٢. **القول بعدم الاشتراط وذهب الى القول به :**

أ) الامامية :

ذهب اليه اكثر الامامية كالسيوري والانصاري والنجفي وبحر العلوم والطباطبائي والحيكيم .

ب) اكثر الاحناف :

وذهب الى عدم اشتراطه على ما يبدو من عبارات بعضهم فقد صرح اكثر من واحد بان الصبي لو تصرف تصرفا يجوز عليه لو فعله وليه توقف على اجاز الولي ما دام صبياً، فان بلغ قبل اجازة الولي فاجازه بنفسه صح ذلك قال الكاشاني: ((وكذلك الصبي المحجوز عليه اذا باع مال نفسه او اشترى، او تزوج امراة او زوج امته، او كتاب عبده، او فعل بنفسه ما لو فعل عليه وليه لجاز عليه يتوقف على اجازة وليه مادام صغيرا او على اجازته بنفسه بعد البلوغ ان لم يجد من وليه

حال صغره، حتى لو بلغ الصبي قبل اجازة الولي فاجاز بنفسه جاز))[٥٩] وجاء في شرح الدر المختار:(-صبي باع -مثلا- ثم بلغ قبل اجازة وليه فاجازة بنفسه، جاز لان له ولياً يجيزه على العقد)

الثانية :اذا كان المجيز غير مالك حين العقد.

كما لو باع الفضولي مال غيره ثم انتقل اليه عن طريق الثراء او الارث فقد اختلفت كلمتهم على اقوال اربعة :

القول الاول : بصحة البيع باجازة المالك الجديد والذي هو الفضولي نفسه وذهب اليه بعض الامامية كالصيمري والشهيد الاول والانصاري وبحر العلوم والفقيه التبريزي

القول الثاني: بصحته من دون اجازة :

١.**الامامية**: ذهب اليه بعض الامامية كفخر المحققين واختاره الشهيد الثاني في هبة المالك.

٢. **الاحناف**: وذهب اليه بعض الاحناف فقد جاء في حواشي(مكين) نقلا عن البزازية عن (القاعدي)ان : ((الاصل ان من باشر عقد في ملك ((الغير ثم ملكه ينفذ، لزوال المانع كالغاصب باع المغصوب ثم ملكه وكذا باع ملك ابيه ثم ورثه نفذ))[٦٠]

القول الثالث: القول بالبطلان مطلقا :

١. **الامامية**

ذهب اليه بعض الامامية كالعلامة الحلي والنجفي واليزدي .

٢. **اكثر الاحناف**

واليه ذهب اكثر الاحناف، فقد صرح غير واحد منهم بذلك فقد جاء في جامع الفصولين[٦١]: ((لو باع مال ابيه فمات الاب ولاوارث غيره لاينفذ البيع)). وجاء في موضع اخر منه نقلا عن فتاوي الاسبيجاني: ((ان الغاصب لو باع المغصوب ثم ضمنه المالك جاز بيعه اما لو شراه الغاصب من مالكه، او وهبه له، او ورثه منه، لاينفذ بيعه قبله[٦٢] كما ذكر ذلك السرخسي[٦٣] وابن الهمام[٦٤] وابن نجيم[٦٥].

القول الرابع : بالتفصيل بين الارث والثراء.

ذهب اليه بعض الامامية كالنائيني.

الفرع الثاني : الشروط الاخرى.

الشرط الاول : وجود المتعاقدين

١. الامامية :

كما ذهب بعض الامامية الى اشتراط ذلك في خصوص المشتري كالشيخ النجفي – كما يبدو من عبارته- حيث يرى لزوم بقاء قابلية المالكين الى حين الاجازة فان مات احدهما قبل الاجازة بطل العقد. وتابعه على ذلك السيد اليزدي في حاشيته على المكاسب

٢. الاحناف :

وهو ماعليه فقهاء الاحناف ففي الهداية[٦٦] ورد ان للمالك الاجازة ((اذا كان المعقود عليه باقيا، والمتعاقدان بحالهما))، وجاء في البدائع[٦٧]:((ان من شروط تاثير الاجازة قيام البائع والمشتري حتى لو هلك احدهما قبل الاجازة من المالك لاتلحقه الاجازة))، ونحوه ما في فتح القدير[٦٨] وجامع الرموز[٦٩] ودرر الحكام[٧٠] والشرح العتبي على الكنز [٧١] وغيرها من المجاميع الفقهية

الشرط الثاني : وجود المثمن والثمن والعرض

١. بعض الامامية :

كما ذهب الى اشتراط بقاء المبيع الى حين الاجازة الشيخ النجفي على ما يبدو من عبارته في الجواهر وقواه السيد اليزدي في حاشيته على المكاسب((ضرورة كون المعتبر على الكشف والنقل رضا المالك والفرض انتفاء ملكيته بانتفاء قابلية العين لها))

٢. الاحناف :

وقد اعتبر هذا الشرط فقهاء الاحناف فقد جاء في تحفة الفقهاء[٧٢]:((انما يجوز العقد الموقوف اذا كان المحل قابل لانشاء البيع حالة الاجازة فأما اذا لم يكن قابلا فلا، بان هلك المحل)). وقال قاضي خان[٧٣]:((يشترط لصحة الاجازة قيام العاقدين وقيام المعقود عليه ولا يشترط قيام الثمن ان كان من النقود، فان كان من العروض يشترط قيامه ايضا))

الشرط الثالث : وجود المجيز حين العقد

١. بعض الامامية

انقسم الامامية بالنسبة لهذا الشرط الى قولين:

أ) **القول بالاشتراط** : وذهب اليه من الامامية العلامة الحلي حيث قال : ((والاقرب اشتراط كون العقد له مجيز في الحال، فلو باع مال الطفل فبلغ واجاز لم ينفذ)) كم حكي القول به الاسكافي

ب) **القول بعدم الاشتراط** : اكثر الامامية وبجانب هذا الجمع ممن اشترط وجود المجيز حال العقد فذهب جمع اخر الى عدم اشتراط ذلك فالصبي بعد البلوغ اجازة ما اوقعه الفضولي، وان لم يكن للعقد مجيز حين صدوره. وهو راي جل الامامية، فاليه ذهب الشهيد الاول حيث يقول : ((ولايشترط الاجازة في الحال، ولا كون المجيز حاصلا حين العقد فتصح اجازة الصبي (المجنون بعد الكمال) وذهب اليه المحقق الكركي والعاملي والقمي والشيخ محمد تقي الشيخ محمد باقر والنجفي والانصاري والسيد بحر العلوم والميرزا الطباطبائي والايرواني والنائيني والرشتي والحكيم

٢. الاحناف

والقول بالاشتراط مذهب الاحناف فقد صرح به غير واحد منهم، قال السمر قندي(٧٤):((وانما ينعقد عندنا على التوقف كل عقد له مجيز حالة العقد، فما ان لم يكن له مجيز فانه لاتوقف حتى ان الطلاق والعتاق في حق البالغ من الفضولي فهو على الخلاف، لان له مجيز في الحال. فاما اذا وجد الطلاق والعتاق، والتبرعات من الفضول البالغ في امراة الصبي والمجنون وما لهما فانه لايتوقف))وجاء في بدائع الصنائع(٧٥):((ثم الاجازة انما تحلق تصرف الفضولي عندنا بشرائطه، منها: ان يكون له مجيز عند وجوده، فما لامجيز له عند وجوده لاتلحقه الاجازة. كما ذكر ذلك الحصكفي(٧٦).

المطلب الثالث: واقع الاجازة من حيث النقل والكشف.

اجد انه من مستلزمات تكامل البحث التعرف على معنى النقل والكشف في البدء.

١. المراد من النقل في الاجازة :

ويراد من النقل في الاجازة هو : ان تكون الاجازة بوجودها المتاخر عن العقد مؤثر في تماميته، فتكون بمنزلة الشرط، او جزء السبب، ولا زمها ترتب اثار العقد من حين صدورها، لاحين صدوره.

٢. المراد من الكشف من الاجازة ويراد من الكشف فيها هو :

ان تكون الاجازة بوجودها كاشف عن اثار العقد من حين صدوره لا من حين صدورها، لكشفها عن تمامية العقد او لحكم الشارع في ذلك.

الفرع الاول :انواع الكشف ·

والذي يبدو من كلمات الفقهاء ان لمدلول الكشف عندهم انواع ثلاث وعليه سنبحث الموضوع في ثلاثة نقاط:

النقطة الاولى : الكشف الحقيقي

ويمكن تقسيمه بلحاظ طبيعة المنكشف لديهم الى اربعة اقسام:

أ) كشفها عن كون العقد سببا تاما لترتب الاثار عليه.

ب) كشفها عن رضا المالك لو التفت الى العقد حال صدوره

ت) كشفها عن وجود الشرط الذي يتوقف عليه تاثير العقد وهو التعقيب بالاجازة.

ث) كشفها عن وجود الشرط المتاخر الذي يتوقف عليه تاثير العقد وهو نفس الاجازة، بناء على انه لامانع من تاخر الشرط في العلل الشرعية

النقطة الثانية : الكشف الانقلابي :

وهو كشف الاجازة عن ان العقد من حين وجودها تحول وصار مؤثرا حقيقة من الاول على وجه الانقلاب

النقطة الثالثة : الكشف الحكمي :

وهو كشف الاجازة من حين صدورها عن حصول التاثير من حين العقد حكما لا حقيقة، أي ترتيب الاثار الممكنة مع عدم تحقق الملكية، او الزوجية ،اونحوهما في الواقع الا بعد الاجازة .

الفرع الثاني :اراء فقهاء الامامية والاحناف في النقل والكشف :

النقطة الاولى: اراءفقهاء الامامية الذين قالوا بالنقل والكشف ·

١. القول بالنقل:

ذهب الى ذلك بعض الامامية حيث ذكروا ان الاجازة انما تؤثر في العقد من حين صدورها، كفخر المحققين، فانه بعد ان ذكر ادلة الكشف والنقل قال : ((والاجود هذا لاخير أي النقل ان قلنا بصحة الفضولي)) والاردبيلي والنراقي والاصبهاني في كشف اللثام وابن فهد الاحسائي.

٢. القول بالكشف:

والقائلون بان الاجازة تكشف عن ترتب اثار العقد من حين صدوره على قسمين قسم اطلق القول بذلك، ولم يصرح بنوع خاص من انواع الكشف، والقسم الاخر صرح باحدها وعليه فسنذكر اول المطلقين ثم المصرحين.

القسم الاول :الفقهاء المطلقون.

ذهب الى ذلك بعض الامامية كالشيخ المفيد وكذلك الشهيد الاول وقواه السيد المجاهد والعالمي والفقيه التبريزي.

القسم الثاني : الفقهاء المصرحون.

صرح اكثر الامامية بنوع خاص من الانواع السابقة للكشف.

النوع الاول :

أ) الكشف الحقيقي مع كون العقد سببا تاما المحقق الكركي
ب) الرضا التقديري وذهب اليه الميرزا الرشتي.
ت) التعقيب بالاجازة وذهب اليه صاحب الاصول .
ث) الاجازة شرط المتاخر ذهب اليه النجفي ووافقه اليزدي

النوع الثاني : الكشف الانقلابي

وذهب اليه بعض الامامية منهم السيد علي الطباطبائي في الرياض وبحر العلوم والميرزا الايرواني والميرزا الطباطبائي والاخوند الخراساني والسيد الحكيم.

النوع الثالث : الكشف الحكمي

وذهب الى ذلك الشيخ الانصاري على ما يبدو من بعض عباراته في المكاسب والميرزا النائيني

((راي خاص))

الشهيد الصدر الثاني (قدس) يذكر في كتابه منهج الصالحين رايا خاصا او سطا حيث يجمع بين الاتجاهين من حيث الاثار حيث يقول : ((الظاهر ان الاجازة كاشفة عن صحة العقد في حين وقوعه كشفا حكميا، بالنسبة الى النماء والارباح والمعاملات المترتبة عليها. واما بالنسبة للاثار الاخرى فهي ناقلة من حينها، كالخيارات والضمانات والاخذ بالشفعة. والارث فضلا عن الجواز التكليفي بالتصرف والمراد بالضمان هنا ضمان البائع للمشتري مثل منفعة العين المستاجرة والمرهونه.))

راي الاحناف في واقع الاجازة من حيث النقل والكشف :

النقطة الثانية : اراء فقهاء الاحناف في النقل والكشف.

١. القول في النقل ليس لهم راي فيه .
٢. القول بالكشف : ونفس التقسيم السابق ينطبق هنا.

القسم الاول : الفقهاء المطلقون.

وقد تبنى القول بالكشف بنحو مطلق اكثر الفقهاء الاحناف، فقد تقدم تصريح غير واحد نهم بان المشتري يملك بالاجازة المبيع مع الزيادات التي حدثت بعد العقد وقبل الاجازة فقال السمر قندي[٧٧].

- في صدد تعليله اشتراط بقاء المبيع حال الاجازة: ((ان بالاجازة ينفذ مستندا الى وقت صدوره)) ونحو مافي الدر المنتقى[٧٨].

القسم الثاني :الفقهاء المصرحون

لم اجد لهم اراء او اقوال الا في الكشف الحكمي ومن الفقهاء المصرحين بنحو خاص من انواع الكشف السرخسي - من الاحناف- فقد ذهب على مايبدو - الى القسم الاول من اقسام الكشف الحقيقي- حيث قال : ((ويثبت الملك للمشتري من وقت البيع، فان يبب ملكه وهو العقد، وكان تاما في نفسه ولكنه امتنع ثبوت الملك به لمانع وهو حق المغصوب منه، فاذا ارتفع ذلك بالاجازة ثبت الملك له من وقت السبب))[٧٩] ونحوه ذكر البابوني كما يبدو من ذلك من ابن نجيم في البحر الرائق[٨٠]

الفرع الثالث:القانونان المدنيان العراقي والفرنسي:

١٠القانون العراقي :وقد تبنى القانون المدني العراقي الراي القائل بالكشف المطلق فقد نصت المادة ١٣٦ فـ١ / على ان : ((اجازة العقد الموقوف تكون صراحة او دلالة وتستند الى الوقت الذي تم فيه العقد)) ويعلق السيد الحسني على ذلك قائلا: ((والمتحصل من هذه المادة ان الاجازة ... وانها تاثر في العقد من حين صدوره كما هو مفاد الكشف الحكمي الحقيقي عند الجعفريين [٨١].

٢. القانون الفرنسي :

اذا تفحصنا هذه المسالة في العقد القابل للابطال بذاته فهم ياخذون بمبدء الكشف اذا اخذنا الاجازة بمعناها المرتبط بصدورها من المشتري نجد انـــه ينقلـــب العقـــد صحيحا في حقه من زمن صدوره وكذلك بالاقرار الصادر من المالك واما في حق الغير فكانهم ياخذون بالنقل، حيث يذكر السنهوري في كتاب الوسيطين : ((وينقلب العقد صحيحا في حق المشتري من وقت صدوره أي ان للاقرار المالـــك الحقيقـــي كما لاجازة المشتري في هذا الشان اثرا رجعيا. ويسري العقد فـــي حـــق المالـــك الحقيقي من وقت الاقرار فلا تنتقل الملكية منه الى المشتري الى من هـــذا الوقـــت وهذا في ما يتعلق بحقوق الغير. ويترتب على ذلك انه اذا كان المالك الحقيقي قـــد رتب حقا عينيا على المبيع قبل اقراره للبيع، انتقل ملكية المبيع الى المشتري مثقلة بهذا الحق، وجاز للمشتري ان يرجع على البائع بضمان الاستحقاق الجزئـــي. واذا ما انقلب العقد صحيحا باقرار المالك الحقيقي بقي مدينا لالتزاماته فيكـــون البـــائع ملتزما بنقل الملكية وقد انتقلت فعلا: باقرار المالك. ويكون ملتزما بـــذلك بـــضمان الاستحقاق كما اذا كان المالك قد رتب حقا عينيا على البيـــع قبـــل اقـــراره للبيـــع وملتزما بضمان العيوب الخفية. امـــا المـــشتري فيكـــون ملتزمـــا بـــدفع الـــثمن والمصروفات وبتسلم المبيع.

المبحث الثالث : الرد لعقد الفضولي

سنبحث في البدء عن معنى الردوفسخ العقد بالردومن نلج في مطالب البحث.

معنى الرد :

الرد هو عبارة عدم موافقة المالك للتصرف على العقد الصادر من الفضولي على نحو يوجب سلب انتسابه اليه.

فسخ العقد بالرد : وهل الرد يفسخ، بحيث يجعله غير قابل للاجازة بعد ذلك ؟ سبق الحديث عن ذلك في الشرط الاول من شروط الاجازة فقد ذكرنا ان العرف يرى ان الرد موجب لسقوط العقد عن قابليته للاجازة بعد ذلك.

المطلب الاول : محققات الرد

الفرع الاول: اراء الفقهاء :

مما لاخلاف فيه ان من اظهر مصاديق الرد هو الرد بالقول، ذلك لان اللفظ من اوضح اساليب التعبير عن القصد وافضلها. ولكن الخلاف وقع بينهم في لزوم الاقتصار عليه خاصة، او يتحقق بالفعل ايضا، او بالفسخ الباطني. فالاقوال على هذا ثلاثة :

١. **الرد باللفظ خاصة** : ذهب اليه بعض الامامية حيث يرون ان الرد لايتحقق الا باللفظ خاصة، كرددت وفسخت ،وشبه ذلك، وهو ما عليه المحقق القمي والشهيد الاول على ما حكي عنه والسيد العاملي ولم اجد للاحناف قولا فيه.

٢. **الرد باللفظ وبالفعل :**

أ) **الامامية** : ذهب كثير من الفقهاء الى ان الرد كما يتحقق بانشائه باللفظ الدال عليه يتحقق بالفعل. والحديث حول تحققه بالفعل وعدمه يقع في صورتين :

الصورة الاولى : ان يقصد انشاء الرد به. وقد صرح به اكثر الامامية واليزدي والشيخ محد تقي والشيخ محمد باقر والميرزا الطباطبائي والتبريزي والسيد بحر العلوم والميرزا الرشتي والنائيني والسيد الحكيم والسيد الخوئي .

ب) **الاحناف** : واليه ذهب الاحناف على مايبدو من بعضهم فقد ذكر غير واحد منهم ان (قوله : لااجيز رد)[٨٢] كما انه ورد في فتاوي الانقروي : ((ان قول المالك للفضولي[٨٣] :(بئس ماصنعت، رد في ظاهر الرواية) وقال السرخسي - معللاً بطلان بيع الغاصب العين المغصوبة اذا اشتراها من المالك: بان

(اقدام المالك على بيعها من الغاصب ابطال للبيع لاول))[٨٤] ولم اعثر على مخالف منهم في ذلك.

الصورة الثانية : ان لايقصد ذلك وانما يصدر منه من دون التفات الى وقوع عقد الفضولي : اذا صدر منه هذا التصرف فهل يصح بعد ذلك اجازة العقد الذي اوقعه الفضولي، فيكون التصرف اللاحق فاسدا او لاتصح الاجازة منه الذي يبدو ان هذه التصرفات على اقسام ثلاث :

القسم الاول : تصرفات متلفة للموضوع حقيقة اوحكما .

القسم الثاني : تصرفات مخرجة عن ملكه الى الغير .

القسم الثالث : تصرفات غير مخرجة عن الملكية

واختلف الفقهاء ان هذه التصرفات مبطلة للاجـــازة او صـــحتها فـــي ســـريان الاجازة بعدها اختلافا كبيرا لامحل له هنا

٣.**القول بالاكتفاء بالفسخ الباطني** : وذهب الشيخ النجفي الى امكان الاكتفاء في تحقق الفسخ اذا قصد معناه في نفسه من غير حاجة الى اظهاره بالقول او الفعل لايكفي في تحقق الرد، ذلك لانه – كالاجازة – من العناوين الانشائية التي تحتاج الى الابراز واظهار عدم الرضا بالعقد ليتحقق انفساخه به، ومجرد عدم الرضا النفسي بالعقد لايحقق ذلك .

الفرع الثاني:الرد في القانونين المدنيين العراقي والفرنسي.

اولا : القانون المدني العراقي : ورد الرد في القانون المدني العراقي في المادة (١٣٥ /ف٣

((٣ – اذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف ...)))

ويعلق الدكتور غني حسون طه على هذه الفقرة قائلا :((اما اذا لم يجز المالك البيع فانه يعتبر باطلا من يوم الاتفاق كذلك لهذا يجب اعادة المتعاقدين الى الحلـــة التي كانا عليها قبل العقد[٨٥] ويبدو من القانون المدني ان رد العقد يعني انفـــساخه وعدم قبوله للاجازة بعد ذلك وهو في هذا يتفق مع الفقه الاسلامي)).

ثانيا : الرد في القانون الفرنسي : اذا خملنا معنا الرد على معناه الحقيقي وهو ابطال العقد نجده متمثلا في ناحيتين :

الناحية الاولى : الحق في ابطال البيع حيث ان : ((لما كان بيع ملك الغير قابل للابطال لمصلحة المشتري، فالمشتري وحده هو الذي يجوز له طلب ابطال البيع وله ان يتمسك بابطال البيع)) اما البائع فلا يملك طلب ابطال البيع لان الابطال لم سيتقرد لمصلحته بل لمصلحة المشتري. وهنالك راي وجيه يذهب الى ان للبائع طلب ابطال البيع للغلط اذا كان يجهل وقت البيع ان المبيع مملوك[٨٦]

الناحية الثانية: ان يحمل معنى الرد على عدم موافقة المالك الحقيقي وبالتالي عدم نفاذ العقد فانه ((اجاز المشتري البيع او لم يجزه فان المالك الحقيقي اجنبي عن هذا البيع فلا يسري بحقه كما قدمنا ومن ثم يبقى المالك الحقيقي مالكا للمبيع اذا لم يقر البيع، ولاتنتقل اليه الملكية الة المشتري ولو اجاز المشتري البيع فانقلب صحيحا ويترتب على ذلك انه ذا سلم البائع المبيع الى المشتري فان المالك الحقيقي يستطيع ان يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق، وان يرجع على البائع بدعوى تعويض))[٨٧]

(محققات الرد في القانون الفرنسي)

لما كان المشتري هو وحده هو الذي يجوز له طلب ابطال البيع في القضاء الفرنسي فانه يكون بابطال البيع ((اما في صورة دعوى ابطال يرفعها على البائع ليسترد منه الثمن او ليستبق ضمان الاستحقاق، واما في صورة دفع يدفع به دعوى البائع اذا طالبه بالثمن))[٨٨]

المطلب الثاني : اثار الرد.

واثار الرد في البيع تارة تتعلق في المالك مع كل من الفضولي والمشتري واخرى بالفضولي مع المشتري وسيكون كلامنا في فرعين :

الفرع الاول :حكم المالك مع كل من الفضولي والمشتري.

اذا رد المالك العقد الذي اوقعه الفضولي على ماله اصبح وجوده كعدمه، وبطلت جميع التصرفات المتفرعة عنه. فان كان المبيع في يد المالك فلا حق له على احد وان كان في يد غيره، فهل له الرجوع به؟ وعلى تقدير ان له ذلك فهل له الرجوع ايضا بالنمائات والمنافع ونحوهما من الطوارئ على العين؟

اولا: الرجوع بالعين: العين المباعة فضولا اما ان تكون موجود ة في وقت الرد او تالفه فهاتان حالتان مختلفتان.

الحالة الاولى : وجود العين :

لاشك ان العين اذا كانت موجود كان على الغير اعادتها وردها سواء في ذلك المشتري او الفضولي وان لم يفعل كان للمالك الحق في انتزاعها واخذها منه لقول النبي (ص) : ((على اليد ماأخذت حتى تؤديه)) ولان المفروض بقاؤها على ملكه، فكان الحق في استرجاعها.

الحالة الثانية: تلف العين:

وانما اذا كانت تالفة، فقد يكون تلفها على يد الفضولي وقد يكون على يد المشتري فهاتان صورتان

الصورة الاولى : التلف عند الفضولي فاذا كانت بيد الفضولي وكانت يده يد امانه – كالوديعة مثلا– وتلفت بغير تفريط منه، فلا ضمان عليه. وان كانت يده يد ضمان – بان كان غاصبا لها او مفرطا فيها – فلا اشكال في ضمان بدلها من مثل ان كانت مثلية، او قيمة ان كانت قيميه .

الصورة الثانية : التلف عند المشتري واذا تلفت العين عند المشتري بعد تسلمها من الفضولي، فقد اختلف الفقهاء في الضمان ،على قولين :

القول الاول: قول بان للمالك تضمين ايهما شاء وفيه راي للامامية وللاحناف.

القول الثاني: بين المشتري العالم فالضمان، وبين الجاهل فعدمه، الا اذا اتلفه عن عمد.

١. القول بان للمالك تضمين ايهما شاء:

أ) الامامية :

ذهب اليه الشيخ الطوسي في المبسوط: ((فاللسيد اني يرجع على من شاء منهما، اما المشتري فيرجع عليه فانه وجب بفعله، واما الغاصب فيرجع به عليه لانه سبب يدلي المشتري)) والعلامة الحلي وكذلك المحقق الحلي والاردبيلي والسيد علي الطباطبائي والقمي والنجفي والرشتي واليزدي والنائيني وذهب اليه السيد الشهيد في منهج الصالحين حيث قال: ((وان كانت تالفة بشكل مضمون رجع على البائع ان لم يدفعها الى المشتري او على احدهما ان دفعها اليه))

ب) الاحناف :

واختاره كذلك الاحناف فقد جاء في المبسوط[٨٩]:((فان باعها وسلمها بعد ماصارت قيمتهاالفين بالزيادة المتصلة فهلكت عند المشتري فاذا جاءت صاحبها فله الخيار انشاء ضمن المشتري...وان شاء ضمن الغاصب لان المشتري متعد يقبضها لنفسه وقال الكاساني))[٩٠]:((....فباعها وسلمها الى المشتري فهلكت في يده، فالمالك بالخيار انشاء ضمن المشتري قيمتها الفي درهم، وانشاء ضمن البائع)) ونحوه مافي فتاوى الانقروي [٩١]، وتنقيح الحامدية [٩٢] والفتاوي الهندية [٩٣] وفتح القدير[٩٤].

٢. القول بالتفصيل بين المشتري العالم والجاهل

وجدت هذا الراي عند اهل السنة وخصوصا المالكية ولم اجده عند الاحناف و الامامية

ج) القانون المدني العراقي :

وقد اتجه القانون المدني العراقي الى القول الاول فقدت نصت المادة ١٣٥ /ف٤/ على ان الفضولي اذا سلم العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلكت في يده بدون تعد منه، فللمالك تضمين قيمتها ايهما شاء، فان اختار تضمين احدهما سقط حقه في تضمين الاخر

ثانيا : الرجوع بالفوائد واما الفوائد المستحدثة عند الغير سواء كانت نماءات ام منافع، واما ان تكون كاصلها موجودة او تالفة فهاتان حالتان كذلك

الحالة الاولى :وجود الفوائد فان كانت موجودة في يد الغير فلاخلاف في ان حكمها حكم اصلها في وجوب ردها سواء كانت بيد الفضولي ام المشتري

الحالة الثانية : تلف الفوائد اما الفوائد التالفة فقد يكون تلفها على يد الفضولي او على يد المشتري من الفضولي فهاتان صورتان :

الصورة الاولى: التلف عند الفضولي فان كان تالفة على يد الفضولي وكانت يده على اصلها يد امانة وتلفت بغير تفريط منه فلا ضمان عليه. وان كانت يده ضامنه لاصلها – بان كان غاصبا له او نحو ذلك – فقد وقع الخلاف بينهم على اقوال :

١. قول بالضمان مطلقا: ذهبت الامامية الى القول بتحقق الضمان على الغاصب مطلقا من دون فرق بين الزيادة المتصلة كالسمن والمنفصلة كالولد والثمرة

وكذا المنافع كسكنى الدار سواء استوفاها او لم يستوفها، ذهب اليه المحقق الحلي والشهيدان الاول والثاني والكركي والطباطبائي والنجفي والسيد اليزدي وغيرهم ولم اجد للاحناف قولا فيه.

٢. اقوال بالتفصيل لم اجد للامامية تفصيل في هذا القول.

الاحناف :

١. تفصيل الاحناف : وهؤلاء انقسموا على انفسهم فيما يتصل بضمان الزوائد والمنافع.

أ- زوائد المغصوب :

فقد ذهب اكثرهم الى ان زوائد المغصوب المتصل منها المنفصل منها تكون امانة في يد الغاصب فاذا هلكت دون تعد لاضمان عليه. واما لو تعدى عليها - بان اتلفها او اكلها - او طلبها المالك فامتنع عن ردها كان ضامنا لها قال السمرقندي[٩٥]: ((ان زوائد الغصب متصلة او منفصلة من الولد واللبن والصوف والسمن لاتكون مغصوبة ...ولو جاء المالك وطلب الزوائد فمنعها ضمن بالاجماع وجاء في بداية المبتدئ[٩٦] ((وولد المغصوبة ونمائها وثمرة ابناء المغصوب امانة في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها، او يطلبه مالكها فيمنعه اياه)). ونحو ماذكره القدوري [٩٧] والميداني[٩٨]. وجاء في شرح مجمع البحرين[٩٩]: {((ولانضمنه زوائد المغصوب)) يعني مازاد عند الغاصب على المغصوب اذا هلك لايضمنه عندنا مطلقا أي سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن او منفصلة عنه كالولد والثمر وغيرهما (الا بالتعدي) أي بتعدي الغاصب في تلك الزوائد بان اتلفها (او بالمنع بعد الطلب)}.

وذهب بعضهم الى عدم ضمان الغاصب للزوائد المتصلة او هلكت بعد طلب المالك لها كالحصكفي[١٠٠]: {((وزوائد المغصوب)) مطلقا متصلا او منفصلة كدر وثمر (امانة لاتضمن الا بالتعدي او المنع بعد طلب المالك) لانها امانة. ولو طلب المتصلة لايضمن } ونحوه ذكر الموصلي في الاختيار[١٠١] وقد ذكر السرخسي ان عدم الضمان هو احدى الروايتين قال في المبسوط[١٠٢]:((وان منعها بد الطلب ففي احدى الروايتين تصير مضمنونة بالمنع وفي الرواية الاخرى لاتصير مضمونة))

ب) منافع المغصوب

واما ما يتعلق في المنافع، فقد ذهب فريق منهم الى عدم ضمانه مطلقا قال السمرقندي[١٠٣]:((ان المنافع لاتضمن بالغصب اوالاتلاف)). وجاء في البدائع[١٠٤]:((وعلى هذا تخرج المنافع الاعيان المنقولة المخصوبة انها ليست مضمونة عندنا وقال السرخسي[١٠٥]:((فلو غصب عبدا او دابة فاجره واصاب من غلته، فلغلة للغاصب)) وجاء في الاختيار[١٠٦]:{((ومنافع الغصب غير مضمونة استوفاها او عطلها)) او استغل لعدم ورود الغصب عليها} وفصل فريق اخر بين منافع المعدّ للاستغلال، او مال اليتيم او الوقف، وبين غيرها فقالوا بضمان الغاصب فيها دون غيرها. جاءفي اللباب[١٠٧].

{((لايضمن الغاصب منافع ما غصبه)) من ركوب الدابة وسكنى الدار وخدمة العبد، لانها حصلت على ملك الغاصب ...وهذا في ما اعدا ثلاثة مواضع فيجب فيها اجر المثل، على اختيار (المتاخرين،وعليه الفتوى) وهي ان يكون وقفا او ليتيم او معدل للاستغلال}. وجاء في اشرح الدر المختار[١٠٨]:{((و)) بخلاف ((منافع الغصب استوفاها او عطلها)) فانها لاتضمن عندنا.... ((الا))في ثلاث فيجب اجر المثل، الاختيار المتاخرين : ((ان يكون))المغصوب ((وقفا)) للسكنى او الاستغلال ((او مال اليتيم)) ... ((او معداً)) أي اعده صاحبه ((للاستغلال))بان بناه لذلك او اشتراه لذلك} كما ذهب الى هذا التفصيل بان نجيم في الاشباه والنظائر ص٢١٤ وابن عابدين[١٠٩] وداماد افندي [١١٠] وابن عبد الغفار[١١١].

الصورة الثانية : التلف عند المشتري

١. القول بالضمان مطلقا : ذهب الامامية الى ان حكم المشتري حكم الغاصب الفضولي في ترتب الضمان عليه ،وان المالك مخير في الرجوع الى ايهما شاء سواء كانت النمائات متصلة ام منفصلة وسواء كانت المنفعة مستوفاة ام غيرها ذهب اليه الشيخ الطوسي والنراقي ونحو ما في مفتاح الكرامة وجامع الشتاة والحدائق والمهذب والشرائع والرايض والمالك والجامع والاجازة وكفاية الاحكام وغيرها ولم اجد للاحناف قولا فيه.

٢. القول بالتفصيل : لم اجد للامامية راي في التفصيل على عكس ابناء العامة.

الاحناف

اقوال الاحناف بالتفصيل تفصيل ابي حنيفة وفصلة ابو حنيفة بين المشتري والفضولي الغاصب في خصوص الزوائد المتصلة فانه يرى ان الغاصب لو باع العين المغصوبة وزادت في يد المشتري زيادة متصلة، كالسجن والحمال وهلكت فلا ضمان على الغاصب، وان الضمان يتوجه على المشتري خاصة. وتبعه في ذلك بعض الاحناف، كصاحب مجمع البحرين[١١٢] حيث قال : ((والزيادة المتصلة لاتضمن للبيع والتسليم)) ونحوه ذكر الموصلي في الاختيار[١١٣].

الفرع الثاني : حكم المشتري مع الفضولي :

. اذارجع المالك على المشتري واسترد العين منه ان كانت قائمة او عوضها ان كانت هالكة ورجع عليه ايضا بالفوائدبناءعلى ضمانها فهل للمشتري الحق في الرجوع على الفضولي بما دفعه من الثمن ؟وعلى تقدير ان له ذ لك فهل يرجع ايضا بمادفع وانفق زيادة على الثمن؟

اولا:الرجوع بالثمن:

وللاجابة على التساؤل الاول اختلفت كلمة الفقهاء على اقوال اربعة:

١. قول بالرجوع مطلقا :

أـــ جماعة من الامامية :

واليه ذهب جماعة من الامامية كابن سعيد[١١٤] حيث قال: ((والمشتري يرجع بالثمن في ذلك على بائعه، لانه اخذه بغير حق)). وكذا المحقق الحلي – على ما نقل عنه –[١١٥] في بعض تحقيقاته والشهيد الثاني[١١٦]، والاردبيلي [١١٧] والسيد اليزدي [١١٨] والسيد الحكيم[١١٩] والسيد الخوئي[١٢٠].

ب – جمع من الاحناف :

كما اختاره جمع من الاحناف منهم الكاساني حيث قال في بدائله[١٢١]:((ثم اذا ضمن المالك الغاصب وقت الغصب او وقت التسليم جاز البيع .....وان ضمن المشتري قيمته وقت القبض بطل البيع ورجع المشتري بالثمن على البائع ،لانه تبين انه اخذه بغير حق). وذهب اليه السرخسي [١٢٢]، وابن الهمام[١٢٣] وابن عابدين في تنقيح الحامدية [١٢٤] وقاضي خان[١٢٥] كما ورد في الفتاوي الهندية،

وفي شرح اسبيجاني ،وفي اختلاف ابي حنيفة وابن ابي ليلى، وفي السعيدات. ونسبه ابن عابدين الى القاضي عبد الجبار والقاضي البديع .

٢. القول بالتفصيل بين المشتري العالم والجاهل :

وفصل بعضهم بين المشتري الجاهل بالفضولية والعالم بها ،فجوز الرجوع بالثمن ان كان جاهلا، وعدم الرجوع ان كان عالما سواء كان الثمن باقيا ام هالكا.

أ) بعض الامامية :

وهو ماذهب اليه بعض الامامية كالشيخ الطوسي في النهايه(١٢٦) حيث قال: (ومتى اشترها مع العلم بانها سرقة كان لصاحب السرقة اخذها، ولم يمكن له الرجوع على البائع بالثمن فان لم يعلم انها سرقة كان له الرجوع على بائعها). وذهب اليه كذلك المحقق الحلي (١٢٧).

والعلامة الحلي في التحرير (١٢٨) والابي (١٢٩) والشيخ النجفي (١٣٠) ونسبه في المسالك (١٣١) والرياض (١٣٢) الى المشهور.

٣- القول بالتفصيل بين بقاء الثمن وهلاكه :

أ - بعض الاحناف :

ونقل ابن عابدين عن صاحب المحيط -بعد ان اطلق القول ببقاء الثمن على ملك المشتري اذا كان موجودا - القول بعدم الرجوع مطلقا اذا كان الثمن تالفا(١٣٣).

ب ـــ الامامية ولم اجد للامامية قول فيه.

٤- القول بالتفصيل في المشتري العالم بين بقاء الثمن وتلفه وفصل اخرون في المشتري العالم بين بقاء الثمن وهلاكه، فجوز الرجوع به اذا كان باقيا، والا فلا رجوع له. اما المشتري الجاهل فله الحق بالرجوع به على أي حال .

أ- جمع من الامامية:

وهو ما اختاره جمع من الامامية كالعلامة الحلي في اكثر كتبه جاء في المختلف (١٣٤): (...فان رجع على المشتري رجع المشتري مع جهله على البائع بما غرمه من الثمن، وما غرمه عوضا عن المنافع التي لم تحصل في مقابلته نفع كقيمة الولد، وان كان عالما بالغصب...قال علماؤنا لم يكن للمشتري الرجوع على الغاصب البائع.....واطلق القول في ذلك والوجه عنده التفصيل :وهو ان كان قائما

بعينه كان للمشتري الرجوع به وان كان تالفا فالحق ماقاله علماؤنا). وقريب منه في التذكرة[١٣٥] والقواعد[١٣٦] ونهايته الفقهية[١٣٧] .واختاره كذلك فخر المحققين[١٣٨] والصيمري[١٣٩] والشهيد الاول في الدروس[١٤٠]، والشهيد الثاني في المسالك[١٤١] والمحقق الكركي[١٤٢] والنراقي[١٤٣] والسيدعلي الطباطبائي[١٤٤] والقمي[١٤٥] والشيخ الانصاري[١٤٦] والميرزا النائيني [١٤٧] والميرزا الرشتي[١٤٨].

ب ــ بعض الاحناف : وممن اختار التفصيل بعض الاحناف، وكما يبدو من ابن عابدين في حاشيته[١٤٩] حيث قال : (واذا لم توجد الاجازة يبقى الثمن غير العرض على ملك المشتري، فاذا هلك في يد الفضولي هل يضمنه للمشتري ؟ ففي شرح الوهبانيه، قال في القنية، بعد رمز الى القاضي عبد الجبار والقاضي البديع : - اشترى من فضولي شيئا ودفع اليه الثمن ما علمه بانه فضولي، ثم هلك الثمن في يده ولم يجز المالك البيع فالثمن مضمون على الفضولي ......ثم رمز لظهير الدين المرغيناني ،وقال : ان علم انه فضولي وقت اداء الثمن يهلك امانه. ذكره في المنتقى قال البديع وهو الاصح)[١٥٠].

ج. القانون المدني العراقي : الذي يبدو ان القانون المدني العراقي نحى هذا المنحى فقد نصت المادة ١٣٥ ف٣ /على ان المالك اذا لم يجز تصرف الفضولي بطل التصرف واذا كان العاقد الاخر قد ادى للفضول البدل فله الرجوع عليه به، فان هلك البدن في يد الفضولي بدون تعد منه وان العاقد الاخر قد اداه عالما انه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء منه .

ثانيا: الرجوع بالزيادة على الثمن :

اما التساؤل الثاني وهو:هل المشتري الرجوع على البائع بما زاد على الثمن ؟فللاجابة عليه نقول: ان المشتري (تارة)يكون عالما بالفضولية،و(اخرى) يكون جاهلا بها.

الاول : المشتري العالم :

فان كان عالما بالفضولية، فالذي يبدو من كلمات الفقهاء اتفاقهم على انه لايحق له بالرجوع بشيء من الغرامات التي دفعها المالك، كزيادة قيمة المبيع على الثمن، وعوض المنافع المستوفاة، وغير المستوفاة -بناء على القول بضمانها – ما انفقه

على المبيع وغير ذلك ،بل يكون للبائع الفضولي الحق في الرجوع عليه ،لو رجع عليه المالك ابتداء بتلك الغرامات[١٥١].

والسر في ذلك واضح، لانه حينئذ يكون كالغاصب اثبت يده على مال الغير قبل تحقق رضاه ،فيستقر الضمان عليه، لحصول التلف عنده .

الثاني: المشتري الجاهل :

اما اذا كان المشتري جاهلا بالفضولية ،وقد وقع الخلاف بينهم في رجوعه بالغرامات، وعدم رجوعه بها.

والغرامات التي يدفعها الى المالك –على ما يبدو – على اقسام ثلاثة:

القسم الاول: ما كانت الغرامة في مقابلة العين

وذلك كزيادة القيمة على الثمن المسمى التي دفع للبائع، كما لو اشترى المبيع بعشرة دنانير، وكانت القيمة التي اخذها المالك بعد تلفه عشرين دينارا،فهل يحق له ان يرجع بالعشرة الزائدة على الثمن، او ليس له ذلك ؟

اما ماقابل الثمن فلا يرجع به على كل حال، لان المشتري اقدم على دفعه وضمانه حتى على تقدير التلف، تماما كما لو اشتراها من المالك نفسه.

١- القول بعدم الرجوع .

أ) الاحناف :

الذي عليه فقهاء الاحناف عدم الرجوع، فقد صرح غير واحد منهم بذلك .جاء في فتح القدير [١٥٢]:((ولو هلك المبيع قبل الاجازة ،قبل التسليم فلا ضمان على احد وان هلك فللمالك ان يضمن ايهما شاء البائع او المشتري ......فان اختار تضمين المشتري بطل البيع الموقوف ويرجع المشتري بالثمن على الفضولي لا بما ضمن))، وقال محمد بن الحسن [١٥٣]:(اراءيت لو باعه ثوبا فخرقه او اهلكه، فاستحقه رجل، وضمنه بالقيمة، اليس انما يرجع على البائع بالثمن ،وان كانت القيمة اكثر منه؟)

ب – بعض الامامية :

وهو مذهب بعض الاعلام من الامامية كالشيخ الطوسي[١٥٤]:(وان كان مع الجهل بالحال فكلما دخل المشتري على انه تملكه ببدل وهو ارش البكارة، ونقصان

الولادة وقيمتها ان ماتت لايرجع به على الغاصب).وكذلك ذهب اليه العلامة الحلي في التحرير [١٥٥] والتذكرة[١٥٦].

٢. القول بالرجوع :

أ – اكثر الامامية : وذهب اكثر الامامية الى القول بان له الرجوع بالزيادة التي دفعها للمالك في مقابل العين المبيعة ،منهم الشهيد الاول[١٥٧] حيث قال: (والقرار على المشتري مع العلم، وعلى الغاصب مع الجهل او دعواه الوكالة ويرجع بالثمن مع وجوده على كل حال، وكذا مع تلفه اذا رجع عليه المالك بالقيمة. ولو زادت القيمة فالاقرب رجوعه بالزيادة ايضا) كما ذهب اليه فخر المحققين[١٥٨] والصيمري[١٥٩]، والشهيد الثاني في المسالك [١٦٠] والروضة [١٦١]، والكركي[١٦٢] والنراقي[١٦٣] والسيد علي الطباطبائي[١٦٤] والقمي[١٦٥] والشيخ الانصاري[١٦٦] والميرزا الرشتي [١٦٧] وغيرهم.

ب- الاحناف : ولم اجد لهم قول فيه.

القسم الثاني : ماحصل في مقابل الغرامة منفعة.

وذلك كما لو سكن الدار مثلا ،او استفادة من ثمر الشجرة او لبن الدابة، او نحو ذلك. فهل للمشتري الرجوع بها على الفضولي لو رجع عليه المالك، او ليس له ذلك ؟

١. القول بعدم الرجوع:

أ- بعض الامامية :

فالذي يراه بعض الامامية عدم الرجوع بها ،الشيخ الطوسي فقد ذكر في المبسوط- كما تقدم - انه لايرجع بأرش البكارة. وقال ابن ادريس[١٦٨]:(وان حصل له في مقابلته نفع وهو مهر المثل في مقالبة الاستمتاع فلا يرجع به على البائع). كما ذهب اليه ابن ابي سعيد[١٦٩] والابي[١٧٠] والبحراني[١٧١].

ب- الاحناف :

وهو مذهب الاحناف على مايبدو من تعبير السرخسي في مبسوطه[١٧٢]، حيث قال : (ولايرجع بالعقر عندنا .وعلى قول الشافعي رحمه الله يرجع بالعقر). وجاء في رد المختار[١٧٣]: (انما لم يرجع المشتري بالعقر لان بدل منفعة استوفاها لنفسه

،وجازا على فعله). وقال ابن عابدين(١٧٤) – في جواب من ساله عمن اشترى دارا وظهرت وقفا وضمنه ناظر الوقف اجرتها- : (انه لايرجع بالاجرة على البائع).

٢- القول بالرجوع.

أ- اكثر الامامية :

اما القول بان للمشتري في مطالبة البائع لو طلبه المالك فهو مذهب اكثر الامامية،فاليه ذهب العلامة الحلي حيث قال في الارشاد(١٧٥):(وهل يرجع بما حصل في مقابلته نفع،كالسكنى والثمر واللبن وشبهه ؟ قولان :الاصح الرجوع). وذهب اليه كذلك فخر المحققين(١٧٦) والكركي(١٧٧)، والشهيد الاول في الدروس(١٧٨) والشهيد الثاني في المسالك(١٧٩) والروضة(١٨٠) والاردبيلي(١٨١) والنراقي(١٨٢) والقمي(١٨٣) والشيخ النجفي(١٨٤) والشيخ الانصاري(١٨٥) والميرزا النائني(١٨٦) والسيد اليزدي(١٨٧) والسيد الحكيم(١٨٨).

ب – راي ابن ابي ليلى

وقد نقل ابن المرتضى (١٨٩) عن ابن ابي ليلى القول على البائع بمهر الجارية الموطوءة اذا استحقت .

القسم الثالث :

مالم يحصل في مقابل الغرامة منفعة وذلك كالمنفعة الفائتة تحت يده –لو قلنا بضمانه لها – وقيمة الولد والبناء ونحو ذلك.

وقد اختلف الفقهاء فيها على ثلاثة اقوال:

١- القول بالرجوع مطلقا :

أ – اكثر الامامية :

ذهب اكثر الامامية الا ان للمشتري الحق في مطالبة البائع بهذا القسم من الغرامة لو رجع المالك عليه، فقد صرح غير واحد منهم بذلك. جاء في الشرائع(١٩٠):(وما يغرمة المشتري مما لم يحصل له في مقابلته نفع كالنفقة والعمارة، فله الرجوع به على البائع). وقال العلامة الحلي(١٩١):(رجع المشتري على البائع بالثمن وبما غرمه مما لم يحصل له في مقابلته نفع كالنفقة وقيمة الولد، والعمارة،مع الجهل بالغصب). وجاء في الجامع(١٩٢): (واذا باعه ارضا فبنا فيها او غرس ،فثبت بانها لغيره رجع على البائع بالثمن وبما غرم) .ونحوهم غيرهم.

ب ـ الاحناف : لم اجد لهم قول فيه .

١. القول بعدم الرجوع في الولد :

لم اجد للامامية ولا للاحناف قول فيه:

٢. القول بالتفصيل :

أ - الاحناف :

ويرى الاحناف ان للمشتري الرجوع بقيمة الولد وقيمة ما يمن نقضه وتسليمه من البناء او الزرع ،اما ما انفقه عليه فليس له الرجوع به. جاء في المبسوط(١٩٣): (ولو اشترى جاريه فولدت له ،ثم جاء اخوه فاقام البينه ان الجارية له ،قضيت بها له وبقيمة الولد والعقر ...ويرجع المتري على البائع بالثمن وقيمة الولد، لاجل الغرور). وقال خير الدين في فتاويه(١٩٤) - جوابا على من ساله عمن اشترى بيتا وبنى فيه، ثم ظهر انه مستحق ،هل له الرجوع بالثمن وقيمة البناء؟- : انه(يرجع بالثمن وقيمة البناء على البائع كما صرحت به علماؤنا قاطبة لكونه غرةّ وله قيمته قائماً يوم تسليمه) وجاء في شرح الدر المختار(١٩٥):(ولو استحق العبد او البقرة لم يرجع بما انفق). وفي موضع اخر منه ورد قوله:(وبالجملة فانمايرجع اذا بنى او غرس بقيمة ما يمكنى نقضه وتسليمه الى البائع ،فلا يرجع بقيمة جص و طين)

الخاتمة

ومن خلال البحث اعلاه استطعنا استخلاص هذه النتائج وهي :-

١. حكم العقد ونستخلص مما تقدم ان العموميات امثال قومه تعالى : ((اوفوا بالعقود)) (واحل الله البيع) و (تجارة عن تراض) شاملة لعقد الفضولي بعد صدور الاجازة من المالك سواء كان مسبوق بالنهي منه او غير مسبوق وذلك لانه بالاجازة يستند اليه فيصدق عليه انه عقده، وعليه الوفاء به، ويكون من البيوع التي احلها الله تعالى وتجارة صادرة عن رضا المالك.

٢. نجد ان القانون العراقي جاء متوافقا مع راي اكثر الامامية والاحناف بالقول بالصحة مطلقا وتوقف النفوذ على الاجازة في حكم العقد الذي يوقعه الفضولي للمالك وان القانون المدني الفرنسي القديم كان موافقا لراي اغلبية فقهاء الامامية بصحة عقد الفضولي بينما في القانون الحديث والقاضي بعدم صحة البيع موافقا لاري بعض فقهاء الامامية.

٣. وفي الفرع الثاني في حكم العقد الذي ينشاه الفضولي لنفسه واستخلاصا من كل ماتقدم نستطيع القول بان الفضولي اذا انشا العقد لنفسه وقع عقده صحيحا موقوف على اجازة المالك سواء علم المشتري او لم يعلم وحكمه تماما حكم اذا أنشاه للمالك عند الامامية واكثر الحنفية .

٤. ان القانون المدني العراقي في اغلبية الفقه الاسلامي لم يشترط لفظا خاصا او قولا معينا في محققات الاجازة وفي القضاء الفرنسي ذاته عقد قابل للابطال وان من حق المشتري ان يجيزه.

٥. وحول شروط العقد نجد ان الامامية يتفقون وقد يختلفون مع الاحناف وقد : نجد راي لاحدهم وبالنسبة للقانون المدني العراقي اشترط وجود المجيز من الاجازة.

٦. وفي واقع الاجازة من حيث الكشف والنقل وجدنا ان القانون المدني العراقي قد اختار القول بالكشف متوافقا مع اكثر الاحناف وبعض الامامية. نجد ان القانون المدني الفرنسي ياخذ بالكشف اذا اخذنا الاجازة بمعناها المرتبط بصدورها من المشتري واما في حق الغير فكانهم من كلام السنهوري في الوسيط ياخذون بالنقل .

٧. وجدنا في محققات الرد : اولا: ان الرد لايلزم تحققه باللفظ خاصة، بل يكفي الفعل في تحققه اذا قصد الانشاء به، لانه من الطرق المقررة عرفا لعدم الموافقة على العقد

ثانيا :ان الفسخ الباطني لايكفي لتحقق الرد به.

ثالثا : ان القانون المدني العراقي متوافق مع الفقه الاسلامي في هذه المسالة .

رابعا : في القضاء الفرنسي:

لما كان الابطال متوقف لمصلحة المشتري وتمكينه ذلك عن طريق دعوى ابطال او يستبق ضمان الاستحقاق او بصورة دفع يدفع به دعوى البائع اذا طالبه بالثمن. في مسالة اثار الرد وجدنا ان القانون المدني العراقي قد اخذ بصورة التلف عند المشتري براي اغلبية الفقهاء المسلمين في اخذه بتضمين ايهما شاء.

الهوامش

(١) ابو الفضل محمد ابن مكرم ابن منظور الافريقي المصري لسان العرب المجلد ١١ ص١٤٩ حرف اللام / فصل الفاء / مادة فضل ::

(٢) محب الدين ابي الفيض سيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي/ تاج العروس ج٨ فصل الفاء باب اللام مادة فضل ص٥٠ :

(٣) الاقناع للمقدسي ج٢، ص٦ (هامش) نقلا عن عقد الفضولي في الفقه الاسلامي عبد الهادي الحكيم رسالة ماجستير مطبعة الاداب – النجف الاشرف ص٦٠

(٤) الشيخ كاشف الغطاء/تحرير المجلة ١ج١ ص١٢٥

(٥) الشيخ مرتضى الانصاري كتاب المكاسب نقلا عن عقد الفضولي عبد الهادي الحكيم رسالة ماجستير مصدر سابق ص١٢٤

(٦) محمد بم عبد الله بن احمد ابن تمرتاش، تنوير الابصار ص٧٤ / مكتبة السيد الحكيم العامة النجف الاشرف

(٧) ابن امين الدين، شرح مجمع البحرين ورقة ١٠٩

(٨) محمد علاء الدين الحصكفي شرح الدر المختار مطبعة الواعظ بمصرج٣ص٢٣٧

(٩) قاضي خان محمود الاورجندي الفتاوي الخانية مطبعة محمد شاهين ١٢٨٢ هـ ج ص ١٤٤

(١٠) عبد الرزاق السنهوري/الوسيط في شرح القانون المدني العقود التي تقع على الملكية المجلد الاول البيع والمقايضة مطابع دار النشر للجامعات المصرية

(١١) غني حسون طه: العقودالمسماة' عقد البيع مطبعة المعارف بغداد ١٩٦٩ -١٩٩٧٠ ج١ص ٤٠٠

(١٢) هاشم معروف الحسني : نظرية العقد في الفقه الجعفري دار التعارف للمطبوعات ص ١٠٠

(١٣) غني حسون طه : مصدر سابق

(١٤) الدكتور عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الاسلامي دار احياء التراث العربي بيروت ج٤ص ٢٧٧

(١٥) ص١٩٢ نقلا عن عقد الفضولي مصدر سابق ص٢٠٥

(١٦) ابو الحسن علي بن ابي بكر ابن عبد الجليل الرجداني المرغناني :الهداية شرح بداية المبتدي ' مطبعة المصطفى الحلبي بمصر

(١٧) ابو محمد محمود العيني:شرح كنزالدقائق مطبعة البهيه بمصر ١٣١٢هـ ورقة٥٣

(١٨) شمس الدين محمد القهستاني:جامع الرموز مطبعة المعصومية ١٢٩١هـ ج٣ص٣٨
(١٩) ج١ ص٢٦٠ نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سابق ص٢١٠
(٢٠) الاشباه والنظائر ص١٥٤ نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سابق ص٢١٠
(٢١) محمد امين المعروف بابن عابدين مصدرسابق ج٤ ص٢١٠
(٢٢) بدائع الصنائع ج٦ ص١٥٠نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سابق ص٢١٠
(٢٣) محمد امين المعروف بابن عابدين مصدرسابق ج٤ ص٢١٠
(٢٤) محمدامين المعروف بابن عابدين المصدر نفسه ج٢ ص٢٣٧
(٢٥) علاء الدين ابي بكر مسعود الكاساني :بدائع الصنائع ج٥ ص١٤٥ مطبعة الجمالية بمصر الطبعة الاولى
(٢٦) ١٣٢٨هـ٩ ٢كتاب للقدوري ورقة ٣٧ نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سايق ص٣٠٠
(٢٧) ابي الحسن علي ابن بكر ابن عبد الجليل ج٣ ص١٣٨ مصدر سابق
(٢٨) ج٣ ص٣٨ نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سايق ص٣٠٠-٣٠٥
(٢٩) ج٢ ص١٩ نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سايق ص٣٠٠-٣٠٥
(٣٠) عن الكنز ج٣ ص٥ نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سايق ص٣٠٠-٣٠٥
(٣١) ج١ ص٣٢١
(٣٢) ج٢ ص٢٥ نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سايق ص٣١٠
(٣٣) علاء الدين السمر قندي :تحفة الفقهاء مطبعة جامعة دمشق ط١ ١٣٧٧هـ ج٢ ص ٢٢٥
(٣٤) الخصكفي/ مصدر سابق ج٤ ص٢١٦
(٣٥) المرتاشي مصدر سابق ورقة ١٠٠
(٣٦) ابن عابدين :مصدر سابق ج٢ ص ٢٣٩
(٣٧) نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سايق ص٤٠٠
(٣٨) نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سايق ص٤٠٠
(٣٩) قاضي خان انظر :مصدر سابق ج٢ ص١٤٦ والفتاوي الهندية ج٣ ص١٣٦
(٤٠) بدر الدين محمود اسماعيل الشهير بابن قاضي سماوه:جامع الفصولين المطبعة الازهريه بمصر ط١ ١٣٦٥هـ ج ص ٣١٥
(٤١) انظر ملا خسروج درر الكلام ج٢ ص١٧٧ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص٣٢٠

(٤٢) انظر ابن عابدين مصدر سابق ج٢ ص٢٢
(٤٣) طبع بهامش الفصولين لابن قاضي سماوة ج٥ ص١٨ مصدر سابق
(٤٤) غني حسون طه : مصدر سابق ص٤٠١
(٤٥) م ن ص٤٠١
(٤٦) م ن ص ٤٠٠
(٤٧) السنهوري : مصدر سابق ص٢٩٨
(٤٨) طبعت بهامش جامع الفصولين مصدر سابق ج١ ص٣١٦
(٤٩) ابن عابدين مصدر سابق ج٢ ص٢٣٩
(٥٠) البحر الرائق مصدر سابق ج٢ ص٢٣٩
(٥١) الاشباه والنضائر زين الدين الشهير بابن نجيم :الاشباه والنضائر ص ١٥٤ مطبعة المظهري ص١٥٤
(٥٢) الافغاني الشيخ عبد الحكيم الافغاني :كشف الحقائق المطبعة الادبية بمصر ط١ ١٣١٨هـ ج ٢ ص ٣٥الفتاوى الخانية مصدر سابق ج٢ ص١٤٤
(٥٣) البحر الزخار مصدر سابق ج٣ ص ٣٢٩
(٥٤) المبسوط مصدر سابق ج١٣ ص١٥١
(٥٥) جامع الفصولين مصدر سابق ج١ ص٣١٧
(٥٦) ابن عابدين: مصدر سابق ج٤ ص٢٠٩
(٥٧) شرح الكنز : مصدر سابق ج٢ ص٤٠
(٥٨) شرح العتبي على الكنز ج٢ ص٤٠ نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سابق ص٣٢٠-٣٢١
(٥٩) بدائع الصنائع مصدر سابق ج٥ ص١٤٩
(٦٠) ابن عابدين : مصدر سابق ج٤ ص٢٢٠
(٦١) جامع الفصولين مصدر سابق ج١ ص٣٢٢
(٦٢) جامع الفصولين مصدر سابق ج١ ص٣٢٣
(٦٣) شمس الدين الرضي المبسوط كتاب المبسوط ج١١ ص٦٥ – ٦٦ مطبعة السعادة بمصر ط ١ج١١ص ٦٥-٦٦
(٦٤) فتح القدير مصدر سابق ج٥ ص ٣١٤
(٦٥) البحر الرائق : مصدر سابق ج٦ ص١٦٥
(٦٦)

(٦٧) الهدايه مصدر سابق ج٣ ص٥١
(٦٨) البدائع مصدر سابق ج٥ ص١٥١
(٦٩) كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام :فتح القدير مطبعة مصطفى احمد ج٥ص٣١١
(٧٠) جامع الرموز ج٢ ص٣٨ نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سابق ص٣٢٠-٣٢١
(٧١) درر الحكام ج٢ ص١٧٧ نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سابق ص٣٢٠-٣٢١
(٧٢) تحفة الفقهاء مصدر سابق ج ٢ ص٤٦
(٧٣) الفتاوى الخانية مصدر سابق ج٢ ص١٤٤
(٧٤) تحفة الفقهاء مصدر سابق ج٢ ص ٤٦
(٧٥) بدائع الصنائع مصدر سابق ج٥ ص ١٤٩
(٧٦) الحصكفي مصدر سابق ج٢ ص٢٣٧
(٧٧) السمر قندي /مصدر سابق ج٢ ص٤٦
(٧٨) النكاح في زواج الفضولي (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سابق ص٤٠٥
(٧٩) شمس الدين المبسوط مصدر سابق ج١١ ص٦٢
(٨٠) ابن نجيم / مصدر سابق ج٣ ص٢٣٠
(٨١) الحسني : مصدر سابق ص٣٢٣
(٨٢) انظرا لتمرتاشي مصدر سابق ورقة ١٠٠
(٨٣) فتاوي الانقروي مصدر سابق ج١ ص٢٥٨
(٨٤) شمس الدين /المبسوط مصدر سابق ج١١ ص٦٥
(٨٥) غني حسون طه مصدر سابق ص٤٠٢
(٨٦) السنهوري/ الوسيط مصدر سابق ص٢١٨ -٢٨٩
(٨٧) م ن
(٨٨) السنهوري/ الوسيط مصدر سابق ص٢٨٨
(٨٩) شمس الدين المبسوط مصدر سابق ج١١ ص٥٦
(٩٠) ج٧ ص ١٤٣
(٩١) ج٢ص٣٢٧
(٩٢) ج١ ص٢٣٧ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٣٩

(٩٣) ج٣ ص ١٣٦
(٩٤) ج ٥ ص٣١٣
(٩٥) السمر قندي مصدر سابق ج٣ ص١٢٧
(٩٦) الميرغناني مصدر سابق ج٤ ص١٤-١٥ (متن).
(٩٧) القدوري مصدر سابق ورقة ٦٧
(٩٨) عبد الغنيمي الميداني اللباب في الكتاب المطبعة المنيرية بالازهر ط١ ج٢ص١٤٣-١٤٤
(٩٩) ورقة ١٨١ نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سابق ص٤٠
(١٠٠) الحصكفي ج٢ ص ٦١
(١٠١) الموصلي في الاختيار ج٣ ص ٦٤ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٤١
(١٠٢) شمس الدين المبسوط مصدر سابق ج١١ ص ٥٥
(١٠٣) ج٣٠ ص١٢٨
(١٠٤) شمس الدين المبسوط مصدر سابق ج٧ ص ١٤٥
(١٠٥) شمس الدين المبسوط المصدر نفسه ج١١ ص ٧٧-٧٨
(١٠٦) عبد الله بن محمود الموصلي الاختيارلتعليل المختار مطبعة مصطفى الحلبي بمصر ١٣٧٠هـ ج٣ص٦٤-٦٥
(١٠٧) ج٢ ص١٤٤
(١٠٨) ج٢ ص٥٦١ -٥٦٠
(١٠٩) ج٢ ص٤٦٧ نقلا عن عبد الهادي الحيكم مصدر سابق ص٥٠
(١١٠) محمد سعيد بن عبد الغفارالسعيديات في احكام المعادلات ج٢ ص٢٢٩
(١١١) امين الدين شرح مجمع البحرين ورقة ٨ مصدر سابق
(١١٢) ج٣ ص٦٤
(١١٣) ابو القاسم القمي جامع الشتات المطبعة الخيرية بايران ١٣١٠هـ ص ١٥٧
(١١٤) ابو عبد الله محمد بن مكي الشهير بالشهيد الاول اللمعة الدمشقية مطبعة الحاج ابراهيم بايران ١٣١٠ هـ ج ص ٢٤١
(١١٥) زين الدين بن علي ابن احمد الاشامي الشهير بالشهيد الثاني الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية مطبعة الحاج ابراهيم بايران ج١ص٢٤١
(١١٦) احمد بن محمود الاردبيلي مجمع الفوائدوالبرهان في شرح ارشاد الاذهان – المتاجر – البيع – بيع الفضولي (غير مرقم) الطبعة الحجرية

(١١٧) السيد الحيكم في حاشيته على المكاسب ج١ص١٧٧ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص٦٠

(١١٨) السيد محسن الطباطبائي الحكيم نهج الفقاهة ومابعدها المطبعة العلمية النجف الاشرف ١٣٧١ هـ ج١ص٢٦٥

(١١٩) السيد علي الشاهرودي تقريرا لمبحث السيد الخوئي محاضرات في الفقه الجعفري مطبعة الاداب النجف الاشرف ١٣٨٤ هـ ج٢ص٤٤٠-٥٤٤

(١٢٠) بدائل الكاساني ج٧ ص١٤٤ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص٥٣

(١٢١) شمس الدين المبسوط مصدر سابق ج١١ ص٥٨

(١٢٢) فتح القدير مصدر سابق ج٥ ص٣١٣

(١٢٣) ابن عابدين في تنقيح الحامية ج١ ص ٢٣٧-ج٢ ١٤٣ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص٥٢

(١٢٤) قاضي خان مصدر سابق ج٢ ص١٤٤

(١٢٥) التجارة – في بيع الغرر (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص٧٢

(١٢٦) العلامة الحلي مصدر سابق ص٢٧٧ والمختصر النافع ص٢٥٦

(١٢٧) المحقق الحلي الغصب في احكام الغصب (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ج٢ ص٧٣

(١٢٨) الابي كشف الرموز ص٢٤٦ نقلا عن الهادي الحكيم ص٧٣

(١٢٩) الشيخ النجفي جواهر الكلام مصدر سابق ص٦٦

(١٣٠) ج١ –البيع –بيع الفضولي(غير مرقم). نقلا عن عبد الهادي الحكيم ٧٥

(١٣١) الرياض ج١ص٥٣١ -٥٣٢ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ٧٥

(١٣٢) ابن عابدين مصدر سابق ج٤ ص٢١٧

(١٣٣) ابو منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الشهير بالعلامة الحلي مختلف الشيعة في احكام الشريعة الطبعة الحجرية ١٣٢٣هـ ج٢ص١٧٠

(١٣٤) التذكرة ج١ص٤٦٣ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص٨٠

(١٣٥) القواعد ص٤٧ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص٨٠

(١٣٦) البيع–شروط المعقود عليه–الشرط الثالث (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص٨٠

(١٣٧) ايضاح الفوائد ج١ –البيع – بيع الفضولي (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص٨٠

(١٣٨) الشيخ مفلح الصيمري غاية المرام –في شرح شرائع الاسلام–البيع–بيع الفضولي– بمكتبة السيد الحكيم العامة في النجف الاشرف
(١٣٩) البيع بيع الفضولي مصدر سابق (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص٨٠
(١٤٠) ج١ –البيع–بيع الفضولي مصدر سابق (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص٨٠
(١٤١) جامع المقاصد _اللبيع– بيع الفضولي مصدر سابق (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص٨٠
(١٤٢) احمد بن محمد النراقي مستند الشيعة– المتاجر –البيع –بيع الفضولي ج٢ص٧٠
(١٤٣) رياض المسائل مصدر سابق ج١ص٥٣١ –٥٣٢
(١٤٤) ابو القاسم القمي غنائم الايام في مسائل الحلال والحرام ص٥٤٥
(١٤٥) الشخ الانصاري المكاسب ص١٤٥ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص٨٥
(١٤٦) الخونساري مصدرسابق ج١ ص٢٩٠ .
(١٤٧) الميرزا حبيب الله الرشتي الاجازة الطبعة الخيرية ص ٢٩٠
(١٤٨) ابن عابدين مصدر سابق ج٤ ص٢١٧
(١٤٩) يمكن نسبة هذا التفصيل الى كل من ابن نجيم في البحر الرائق ج٦ ص١٦٠، والحصكفي في شرح الدر المختار ج٢ ص٢٣٩ مصادر سابق
(١٥٠) انظر:المغني لابن قدامه ج٥ ص٢٥٠، والمذهب للشيرازي ج١ ص٣٧٣، ومختلف الشيعة للعلامه الحلي ج٢ ص١٧٠ وشرائع الاسلام لمحقق الحلي ص٢٧٧ مصادر سابقة
(١٥١) ج٥ ص٣١٣
(١٥٢) اختلاف ابي حنيفة وابن ابي ليلى ابو يوسف يعقوب بن ابراهيم الانصاري ص١٣ مطبعة الوفاء بغداد ط١ ١٣٥٧هـ ص١٣
(١٥٣) الغصب في احكام الغصب مصدر سابق (غير مرقم)
(١٥٤) ج٢ – الغصب – في احكام الغصب المصدرنفسه (غير مرقم).
(١٥٥) ج١ ص٤٦٣ .
(١٥٦) الدروس الشرعية في فقه الامامية ابو عبد الله محمد بن مكي الشهير بالشهيد الاول –البيع – بيع الفضولي (غير مرقم) الطبعة الجرية ١٢٩٦ هـ
(١٥٧) ايضاح الفوائد مصدر سابق ج١ – البيع– بيع الفضولي (غير مرقم)
(١٥٨) غاية المرام مصدر سابق –البيع – بيع الفضولي (غير مرقم)

(١٥٩) المسالك ج١ البيع بيع الفضولي (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص٨٦
(١٦٠) الروضة البهيه مصدر سابق ج١ص ٢٤٢
(١٦١) جامع المقاصد البيع بيع الفضولي مصدر سابق (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٨٦
(١٦٢) مستند الشيعة ج٢ البيع بيع الفضولي مصدر سابق (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص٨٦
(١٦٣) الرياض مصدر سابق ج١ ص٥٣١
(١٦٤) غنائم الايام مصدر سابق ص٥٤٤
(١٦٥) المكاسب ص١٤٧ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص٨٦
(١٦٦) الاجازة الشيخ الانصاري ص٢٠٩ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص٨٧
(١٦٧) انظر منية الطالب مصدر سابق للخونساري ج١ ص٢٩٧
(١٦٨) السرائر مصدر سابق – الغصب – في احكام الغصب (غير مرقم).
(١٦٩) جامع المقاصد مصدر سابق ص١٥٧
(١٧٠) كشف الرموز مصدر سابق ص٢٤٦
(١٧١) الشيخ يوسف البحراني/الحدائق الناظرة في احكام العترة الطاهره ج٥ ص٧٦ الطبعة الحجرية بايران ١٣١٧هـ
(١٧٢) المبسوط مصدر سابق ج١١ ص٨٢
(١٧٣) رد المحتار مصدر سابق ج٤ ص٣٠٣
(١٧٤) رد المحتار مصدر سابق ج٤ ص٣٠٣
(١٧٥) البيع –الركن الثاني- بيع الفضولي (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص٨٥-٩٠
(١٧٦) شرح ارشاد الاذهان بيع الفضولي (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص٨٥-٩٠
(١٧٧) جامع المقاصد ج١ – الغصب – احكام الغصب (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص٨٥-٩٠
(١٧٨) البيع بيع الفضولي – وفي الغصب – احكام (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص٨٥-٩٠
(١٧٩) ج١ البيع بيع الفضولي (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص٨٥-٩٠
(١٨٠) ج١ ص٢٤٢ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص٨٥-٩٠

(١٨١) مجمع الفوائد البيع بيع الفضولي (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص٨٥-٩٠
(١٨٢) مستند الشيعة ج٢ – البيع – بيع الفضولي (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص٨٥-٩٠
(١٨٣) غنائم الايام مصدر سابق ص٥٤٤
(١٨٤) الشيخ محمد حسن الشيخ باقر النجفي /جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ج٤ ج٤ص٦٦ الطبعة الخيرية ١٣١٣هـ
(١٨٥) المكاسب ص١٤٧ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص٨٥-٩٠
(١٨٦) منية الطالب مصدر سابق للخونساري ج١ ص٢٩٦
(١٨٧) حاشيته المكاسب السيد اليزدي ج١ ص١٨٢ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص٨٥-٩٠
(١٨٨) نهج الفقاهه ص ٢٧٣ ومنهاج الصالحين ج٢ ص١٨ مصادر سابقة
(١٨٩) البحر الزاخرمصدر سابق ج٣ص٣٧٣
(١٩٠) الشيخ النجفي/ مصدر سابق ص٢٧٧
(١٩١) ارشاد الاذهان -البيع- الركن الثاني- بيع الفضولي (غير مرقم)نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٩١
(١٩٢) ١٠/ ص١٥٧
(١٩٣) شمس الدين/المبسوط/ مصدر سابق ج١١ ص٧١
(١٩٤) الفتاوي الخيرية مصدر سابق ج١ ص٢٤٤
(١٩٥) الخصكفي/ مصدر سابق ج٢ ص٢٦٦

المصادر

لمرجع الاول: القران الكريم.

المصادر القانونية:

١. د. جعفر الفضلي /الوجيز في العقود المدنية / البيع – الايجار – المقاولة-/ عمان /ساحة الجامع الحسيني/ ١٩٦٧
٢. د. عبد الرزاق السنهوري / مصادر الحق في الفقه الاسلامي/دار احياء التراث العربي / بيروت لبنان /الجزء الرابع
٣. د. عبد الرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني العقود التي تقع على الملكية /المجلد الاول /البيع والمقايضة /مطابع دار النشر للجامعات المصرية
٤. د. عبد الهادي الحكيم / عقد الفضولي في الفقه الاسلامي / رسالة ماجستير/مطبعة الاداب / النجف الاشرف
٥. د.غني حسون طه /الوجيز في العقود المسماة / الجزء الاول / عقد البيع / مطبعة المعارف / بغداد ١٩٦٩-١٩٧٠.
٦. د. هاشم معروف الحسني /نظرية العقد في الفقه الجعفري / دار التعارف للمطبوعات

مصادر الفقه :

١. العشرات من الرسائل العملية لفقهاء المذهب الامامية قدماء ومتاخرين .
العشرات من المؤلفات الفقهية لعلماء الامامية.